Die Ansprüche des Arztes

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Fritz Hagemeyer, Referendar
aus Wuppertal-Elberfeld

Marburg 1933

Druck: Wuppertaler Druckerei A.-G., Wuppertal-Elberfeld

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 25. Juli 1932.

Berichterstatter:
Geh.-Rat Prof. Dr. Franz Leonhard.

Meiner lieben Mutter.

Einteilung.

Seite

§ 1 Einführung 11

I. Hauptteil: Ansprüche des Arztes aus Vertrag.

1. Abschnitt: Angebot und Annahme.

§ 2 Vertragsangebot 11
§ 3 Angebot: Persönlich, durch Boten und durch Stellvertreter 12
§ 4 Angebot durch den Inhaber der elterlichen Gewalt und die Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt 13
§ 5 Vertragsannahme durch den Arzt 17

2. Abschnitt: Vertragsparteien.

§ 6 Vertrag zwischen Arzt und einem Dritten 20

3. Abschnitt: Rechtsnatur des Arztvertrages.

§ 7 In Rom 21
§ 8 Im gemeinen Recht 23
§ 9 Entwürfe zum BGB. 23
§ 10 Auftragsvertrag? 23
§ 11 Contractus sui generis? 24
§ 12 Werkvertrag? 25
§ 13 Dienstvertrag? 26
§ 14 Geschäftsbesorgungsvertrag? 28

4. Abschnitt: Ansprüche des Arztes gegen andere als die Kontrahenten.

§ 15 Gegen den Vertreter 31
§ 16 Gegen andere Dritte 31
§ 17 Ansprüche bei Arztbestellung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt 32
§ 18 Ansprüche bei Arztbestellung durch die Ehefrau 34

5. Abschnitt: Das Honorar.

§ 19 Möglichkeit der Geltendmachung des Honoraranspruchs bei Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug 38
§ 20 Rechtsnatur des Honorars 41
§ 21 Höhe des Honorars 41

II. Hauptteil: Ansprüche des Arztes aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 22 Aufzählung hauptsächlich in Betracht kommender Fälle 43

1. Abschnitt: Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 23 „Geschäft" 43
§ 24 „Für einen anderen" 46
§ 25 „Ohne Auftrag noch sonstige Berechtigung" 48

2. Abschnitt: Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen. Seite

§ 26 Wirklicher oder mutmaßlicher Wille 51
§ 27 Interesse des Geschäftsherrn 52
§ 28 Inhalt des Interesses 55
§ 29 Die Rettung eines Selbstmörders durch den Arzt 55
§ 30 Unbeachtlichkeit des entgegenstehenden Willens gemäß § 679 BGB. 56
1. Unterabschnitt: Öffentliches Interesse 56
2. Unterabschnitt: Unterhaltspflicht 59
§ 31 Inhalt des Aufwendungsbegriffs 62

III. Hauptteil: Ansprüche des Arztes aus ungerechtfertigter Bereicherung.

§ 32 Hauptsächlich in Betracht kommende Fälle 66
§ 33 „Etwas erlangt" 67
§ 34 „Auf Kosten" des Arztes 68
§ 35 Unmittelbarkeit 69
§ 36 Herausgabe des Erlangten 69

IV. Hauptteil: Ansprüche des Arztes aus unerlaubter Handlung.

§ 37 Sittenwidrige Vermögensbeschädigung 70
§ 38 Umfang der Ansprüche 70

Schrifttum

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch, 1927.
Asch: Die Haftbarkeit der Ehefrau für Leistungen zum Unterhalt der Familie. DJZ 1910, 759 ff.
Aschenborn: Die Rechtsgrundlage der ärztlichen Tätigkeit in wirtschaftlicher Hinsicht. In ärztl. Rechtskunde von Kutner S. 258 ff.
Bacharach: Die Beweislast des Arztes. JW 1915, 818 ff.
Baer: Die Haftung der vermögenden Ehefrau für den vermögenslosen Ehemann. In Rechtsfragen der Praxis.
Bauer: Deutsches Ärzterecht.
Behr: Gerichtssaal 62, 420.
Blumenthal: Die Stellung des Arztes als Geschäftsführer ohne Auftrag. Rostock 1918.
Brückmann: Die Ansprüche des Arztes aus ärztlicher Behandlung der Ehefrau. JW 1906, 76 ff.
— Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftraglosen Geschäftsführung 1903.
— Von wem kann nach den Bestimmungen des BGB der von einer Ehefrau angenommene Arzt Bezahlung seiner Honorarforderung verlangen? JW 1902, 116 ff.
— Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes. Zeitschr. f. d. ges. Str.W. 24, 657 ff.
— Der Einfluß des Erfolges auf den Honoraranspruch des Arztes. Ärztl. Sachv.-Ztg. 1902, 310 ff.
— Kann der Arzt für freiwillig geleistete Dienste Honorar verlangen? In Gesetz u. Recht 1900, 132 ff.
v. Buschka: Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht, Berlin 1897.
Camphausen: Über die rechtliche Natur des Ärztevertrages und die ärztl. Geschäftsführung. (Ungedr.) Berlin 1915.
Carl: Umfang der Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag auf Ersatz seiner Aufwendungen. Diss. Halle 1908.
Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts.
Delius: Honorarforderungen der Spezialärzte. DJZ 1907, 286 ff.
Dernburg: Bürgerliches Recht, 1899.
Dnistrjanskyj: Zur Lehre von der Geschäftsführung. Dogm. Jahrb. 77, 48 ff.
Ebermayer: Arzt und Patient in der Rechtsprechung. 1925.
— Der Arzt im Recht. 1930.
Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des BGB, 1903 Bd. 1.
Elsner: Über das gegenseitige Verhältnis eines Arztes und Pietisten. Königsberg 1794. (Nicht erhältlich.)
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1922.

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. 1930.
Ernst: Das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn im § 683 BGB Ziv. A. 96, 440.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 1923.
Flügge: Das Recht des Arztes. 1903.
Foerster: Zur Frage des Honorars ärztl. Spezialisten. Pr. Verw.-Bl. 1912, 381 ff.
Friedländer: Die Haftbarkeit der Ehefrau bei Leistungen zum Unterhalt der Familie. DJZ 1910, 760 ff.
v. Giercke: Schuldrecht. 1917.
Goldmann: Honorar der Spezialärzte. DJZ 1907, 536.
Goßler: Über das Rechtsverhältnis zwischen einem Arzt und seinem Kranken. 1814.
Götte: Was bringt das BGB den Ärzten neues? Med. Woch. 1899, 978 ff.
Guyer: Die rechtliche Stellung des Verletzten im Heilverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zur Duldung von Operationen. Zürich 1908.
Haeser: Geschichte der Medizin. Jena 1853.
Hamm: Operative Eingriffe der Ärzte. DJZ 1907, 447 ff.
Hammer: Ärztliche Eingriffe in den menschlichen Körper vom bürgerlich-rechtlichen Standpunkt aus. Hohen Neuendorf 1915.
Hannß: Die Unterhaltspflicht im bürgerlichen Recht. 1901.
Hefke: Der Arzt im römischen und heutigen Rechte. Arch. f. prakt. Rechtsw. 1886 S. 1 ff. u. 113 ff.
Hegener: Das Vertragsrecht des Arztes. Berlin 1925.
Hellwig: Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben. 1905.
Heuer: Die Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs und die Kondiction des Besitzes. 1927.
Hölscher: Durch die Pandekten zum BGB. Lausanne 1928.
Hoeniger: Hilfe in Lebensgefahr. Bürg. A. 35, 272 ff.
Hollaender: Der Unterhaltsanspruch der getrennt lebenden Ehefrau. Gruch. 70, 473.
Holz: Der Arzt als negotiorum gestor. JW 1914, 1124.
Hübner: Das Honorar des Arztes. 1930.
Ihering: Der Geist des römischen Rechts. 1924.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1900.
Joachim u. Korn: Deutsches Ärzterecht. 1911. 2 Bde.
Josef: Ansprüche des Vaters aus Geschäftsführung und Bereicherung bei Ausheilung des verletzten Kindes; Geschäftsführung durch ärztliche Behandlung und Eigenhaftung der kraft Schlüsselgewalt handelnden Frau. Ziv.A. 118, 378 ff.
— Der Arzt als negotiorum gestor. KGBl. Nr. 6 vom 15. VI. 1915.
— Haftung der Ehefrau für Leistungen zum Unterhalt der Familie. Seuff. Bl. 76, 13 ff.
— Die zivilrechtlichen Folgen des Selbstmordes. Gruch. 50, 29 ff.
Israel: Ueber den Honoraranspruch des Arztes. Kassel 1912.
Kahn: Die Haftung der Ehefrau für Eheschulden. JW 1911, 484 ff.
Klamroth: Die ärztliche Operation unter spezieller Betrachtung der Operation am Bewußtlosen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1913.
Kohler: Bürgerliches Recht. 1906.
— Menschenhilfe im Privatrecht. Dogm. Jahrb. 25, 1 ff.
Kollbrunner: Die rechtliche Stellung des Arztes. Zürich 1903.
Kollmann: Entscheidungen und Beschlüsse zum Arztrecht. 1931.

Kuhlenbeck: Geschäftsführung ohne Auftrag. JW 1909, 121.
Lehmann: Familienrecht. 1926.
Lent: Der Begriff der auftraglosen Geschäftsführung. 1909.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.
— Besonderes Schuldrecht des BGB. 1931.
— Kritik zu Isay. Kr.V. f. Ges. u. Rechtsw. 44, 404 ff.
— Lehrbuch in kurzen Sätzen.
— Beweislast. 1926.
— Auslegung und Auslegungsnormen. 1917.
Loewenfeld: Inaestimabilität und Honorierung der artes liberales nach römischem Recht. (Festgabe für Planck 1887.)
Loewenwarter: Lehrkommentar zum BGB. 1928.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag. 1902. 2 Bde.
Lubowski: Honorar der Spezialärzte. Recht 1907, 628.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Mathiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1914.
Mensching: Der Vertrag mit dem Arzte. Heidelberg 1917. (Ungedr.)
Th. Meyer: Das ärztliche Vertragsverhältnis. 1905.
K. Meyer: Zu §§ 1360, 1361 BGB; 627 ZPO. JW 1905, 194.
v. Minnigerode: § 675 im BGB und der Begriff der Geschäftsbesorgung. Marburg 1907.
Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht. 1853 Bd. I: Die Unmöglichkeit der Leistung.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1888.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1899.
Müller: Der Honoraranspruch des Arztes. Malmédy 1926.
Neddermann: Das Arzthonorar. Schlebusch 1913.
Nolte: Die Ansprüche gegen den Ehemann bei Behandlung seiner Ehefrau und seiner Kinder durch den Arzt unter besonderer Berücksichtigung der ärztlichen Operation im gesetzlichen Güterstand und der allgemeinen Gütergemeinschaft des BGB. 1927.
Neumann: Jahrbuch des deutschen Rechts.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 1929.
Opet: Verwandtschaftsrecht. 1899.
Opet-von Blume: Das Familienrecht. 1906.
Oppenheim: Das ärztliche Recht. 1892.
Philipsborn: Kranker und Krankenhaus im Recht. 1930.
Pies: Das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patienten. (Ungedr.) Breslau 1921.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl.
Pringsheim: Ersatz der früheren Klage aus nützlicher Verwendung durch die heutige Rechtsprechung. In Band III der Festgabe der jur. Fak. zum 50jähr. Bestehen des Reichsgerichts. 1929.
Rahmel: Die Ansprüche des Arztes aus ärztlicher Behandlung der Ehefrau nach dem BGB. 1927.
Rapmund-Dietrich: Ärztl. Recht- und Gesetzeskunde. 1913.
Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1928. 6. Aufl.
Richter: Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag. Rostock 1901.
Risch: Ungerechtfertigte Bereicherung als Klagegrund neben Kauf und Werkvertrag. Gruch. 64, 292 ff.
Rosenberg: Gerichtssaal 62, 420 ff.

Rossen: Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtsgrundlage für Ansprüche des Arztes. 1914.
Rudolph: Verhältnis der Eltern in der Unterhaltspflicht gegen ihre Kinder. DJZ. 1912, 688.
Sauer: Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht. 1909.
Schläger: Der Arztvertrag. Jur. Rdsch. 1931, 66 ff.
Schliep: Die Ansprüche des Arztes gegen die Eltern aus der Behandlung eines gemeinsamen Kindes. Greifswald 1914.
Schmidt: Der Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patienten unter besonderer Berücksichtigung der Verträge mit nicht approbierten, sog. Heilkundigen. Eisenach 1929.
Schultzenstein: Interesse und Bürgerliches Gesetzbuch. DJZ 1902, 515 ff.
Schütze: Das Operationsrecht des Arztes. 1911.
Siebert: Die Ansprüche des Arztes aus ärztlicher Behandlung der Ehefrau. JW 1930, 1562.
Siméon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. 1928.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch 1929.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl.
Teufel: Der Arztvertrag. Tuttlingen 1919.
Trappenberg-Scheurel: Die zivilrechtlichen Folgen der Rettung des Selbstmörders. Breslau 1932.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts. 1910.
Ullmann: Arzthonorar. JW 1905, 520.
Unger: Der Selbstmord. Berlin 1913.
Warnatsch: Wer bezahlt den von einer Ehefrau zu ihrer eigenen Behandlung angenommenen Arzt? DJZ 1903, 245 ff.
Warneyer: Kommentar zum BGB. 1930.
Wasser: Haftung der Ehefrau für Leistungen zum Unterhalt der Familie. DJZ 1910, 405 ff.
Winter: Der Arzt in Gesetz und Recht. 1907, 190 ff.
Wittkowsky: Von wem kann nach den Bestimmungen des BGB der von einer Ehefrau angenommene Arzt Bezahlung seiner Honorarforderung verlangen? JW 1902, 87 ff.
v. Ziegenhierd: Die Schlüsselgewalt der Ehefrau. 1906.
Zimmermann: Über das Rechtsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Patienten. Ziv. A. 56, 222 ff.
Zitelmann: Der Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Ziv. A. 99, 1 ff.
— Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. 1908.
Außerdem sind einige nur wenig benutzte Werke lediglich in den Anmerkungen verzeichnet.

§ 1 Einführung.

Im Leben kommen häufig Fälle vor, wo ein Arzt einen Kranken behandelt und womöglich geheilt hat; wo ihm aber von keiner Seite sein wohlverdientes Honorar gegeben wird. Denn allzu leicht wird nach erreichter Heilung die Dankbarkeit gegenüber dem Arzt vergessen. So sagt bereits ein mittelalterlicher Vers auf dem Porträt des Nürnberger Wundarztes Jakob Baumann (1556):

Ein Arzt aber drey angesicht hat
Engelisch: so er dem Kranken nahet.
So sich bessert des Kranken noth
So siehet der Arzt gleich wie ein Gott.
Wann nun der Arzt umb lohn anspricht
Hat er ein teuflisch angesicht.

Wie dem Arzt in solchen mißlichen Umständen geholfen werden kann, sollen die folgenden Ausführungen dartun.

I. Hauptteil: Ansprüche des Arztes aus Vertrag.

1. Abschnitt: Angebot und Annahme.

§ 2 Vertragsangebot.

In den meisten Fällen wird der Arzt aus vertraglichen Beziehungen heraus sein Honorar verlangen können. Wann liegt nun ein solcher Vertrag vor? Zum Zustandekommen eines Vertrages ist nötig, daß eine Offerte angenommen wird. Im Leben wird fast nie ein Angebot ausdrücklich abgegeben, ebensowenig expressis verbis dieses Angebot angenommen. Vielmehr wird man oft aus den Umständen ersehen müssen, ob ein solches Angebot bezw. eine solche Annahme vorliegt.

Das Vertragsangebot, der Vertragsantrag, kann sowohl von der Seite des Arztes als auch von der Gegenseite abgegeben werden und zwar mündlich, schriftlich, durch Zeichen, durch schlüssiges Verhalten usw. Es kann bezüglich eines Einzelfalles, auch bezüglich einer Mehrheit von Fällen; es kann an eine bestimmte Person oder Personenmehrheit, aber auch an eine unbestimmte Person oder Per-

sonenmehrheit abgegeben werden, wenn nur zur Zeit des Vertragsabschlusses deren Bestimmtheit nicht fehlt.

Man könnte nun auf den Gedanken kommen, daß der Arzt durch die Tatsache der öffentlichen Ausübung der Praxis einen Antrag an eine unbestimmte Person richtet, einen Krankenbehandlungsvertrag mit ihm abzuschließen. Man könnte also an die Offerte an das Publikum, ad incertos personas, denken. In diesem Fall würde also ein Vertrag geschlossen sein, wenn irgend jemand diese „Offerte an das Publikum" annimmt. Es würde der Arzt also oft erst viel später bemerken, daß er mit dieser Person in vertraglichen Beziehungen steht. Dies ist aber mit der ärztlichen Standesehre schlechterdings nicht zu vereinbaren. Denn eine solche Annahme würde oft dazu führen, daß ein Arzt wider Willen zur Behandlung eines Kranken verpflichtet wäre.

Überhaupt ist eine „Offerte an das Publikum" immer dann abzulehnen, wenn es sich um Geschäfte handelt, bei denen es den Vertragsparteien auf die Individualität des Kontrahenten wesentlich ankommt.

(Staudinger § 145 Anm. 3b.)

Eine Offerte an das Publikum seitens des Arztes ist somit abzulehnen. Überhaupt wird man annehmen müssen, daß für den Regelfall die Offerte nicht von dem Arzt ausgeht. Noch nicht einmal in dem Rat des Arztes an den Kranken, sich in ärztliche Behandlung zu begeben, liegt eine Vertragsofferte.

Die Vertragsofferte stellt somit nicht der Arzt, sondern die Gegenseite. Immer ist aber Antragswille erforderlich. Dieser fehlt insbesondere dann, wenn ein Dritter den Arzt lediglich auf den Kranken aufmerksam macht. Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn jemand auf der Straße einen Bewußtlosen findet und nun schnell einen Arzt ruft. Ob ein Kontrahierungswille vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Ein solcher liegt regelmäßig vor, wenn der Dritte ein eigenes Interesse an der ärztlichen Behandlung des Kranken hat. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Dritte für die Bezahlung der Krankheit dem Kranken gegenüber aufzukommen hat oder doch aufzukommen vermeint. So liegt vor allem ein Vertrag zwischen Arzt und Autofahrer vor, der den Verletzten überfahren und dann zum Arzt zur Behandlung gebracht hat. (Müller S. 25) „Die Täterschaft begründet die Annahme, der Dritte wolle den Arzt selbst verpflichten". (Mensching S. 16.)

§ 3. Angebot: Persönlich, durch Boten und durch Stellvertreter.

Die Offerte wird gestellt entweder persönlich oder durch Boten oder durch Stellvertreter. Der Kranke z. B. stellt sie persön-

lich, indem er selbst in der Sprechstunde erscheint bezw. den Arzt, sei es schriftlich, sei es mündlich, sei es fernmündlich in seine Wohnung ruft. Er stellt sie durch Boten, indem er durch jemanden, etwa seinen Diener, sein Dienstmädchen oder ein Kind den Arzt bestellen läßt, wobei er diese nur als redende Briefe benutzt, ihnen dagegen keine Gelegenheit läßt, selbst irgendwie auf den Vertrag einzuwirken.

Wenn er den Arzt durch jemanden bestellt, der nicht als sein Sprachrohr, sondern selbst handelnd auftreten soll, dann ist dieser als Vertreter aufzufassen.

Der Stellvertreter, den der Kranke so benutzt, kann nun rechtsgeschäftliche, er kann aber auch gesetzliche Vertretungsmacht haben.

Die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (Vollmacht) kann dem Vertreter speziell oder generell erteilt sein, und zwar durch Erklärung dem Vertreter oder dem Dritten, hier dem Arzt, gegenüber. Es kann der Stellvertreter von dem Kranken zum Abschluß sämtlicher, ihn, den Kranken, betreffenden Rechtsgeschäfte bevollmächtigt sein; er kann aber auch eine beschränkte Vertretungsmacht haben, z. B. nur bezüglich aller die Gesundheit des Kranken betreffender Rechtsgeschäfte. Schließlich ist es denkbar, daß sich die Vertretungsmacht nur auf diesen Einzelfall, nämlich Abschluß eines Vertrages mit einem Arzt bezügl. dieser gerade vorliegenden Krankheit, bezieht.

Vertreter kann nicht nur ein Dritter sein, sondern auch der Arzt selbst. In diesem Fall muß dem Arzt aber besonders gestattet sein, den Vertrag mit sich selbst abzuschließen. (§ 181 BGB.)

§ 4 Angebot durch den Inhaber der elterlichen Gewalt und die Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt.

Der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht richtet sich nach der zugrundeliegenden gesetzlichen Bestimmung. So ist der Konkursverwalter zwar gesetzlicher Vertreter bezügl. des Vermögens des Gemeinschuldners, aber nicht bezügl. dessen Person. Dagegen ist der Inhaber der elterlichen Gewalt (wirklicher) Vertreter über die gesamten Angelegenheiten des Kindes, also auch bezügl. der Sorge für die Person des Kindes. Die Personensorge umfaßt alle persönlichen Angelegenheiten des Kindes, sie umfaßt dessen gesamten Lebensbedarf. Darunter fällt dann auch die Sorge für die Pflege des Kindes in Krankheitsfällen und für ärztlichen Beistand.

(Soergel § 1631 Anm. 1; Staudinger Vorbem. II, 30 vor § 1631 ff.; Fischer-Henle § 1631 Anm. 3; RG 52, 69.)

Der Vater oder die Mutter können demnach als gesetzliche Vertreter des Kindes im Krankheitsfall für dieses einen Arzt bestellen. (§§ 1630; 1684; 1685 BGB.)

Gesetzliche Vertretungsmacht hat auch die Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt. Sie ist nämlich berechtigt, innerhalb des Rahmens ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für diesen zu besorgen und ihn zu vertreten.

Was nun in diesen Rahmen fällt, ist im einzelnen äußerst streitig. Man muß, um zu einem annehmbaren Ergebnis zu gelangen, schon geschichtlich vorgehen. Dann wird die Bestimmung des § 1357 BGB verständlich werden.

(Vgl. zum folgenden: Ziegenhierd: Die Schlüsselgewalt der Ehefrau 1906 S. 11 ff.)

Die deutsche Frau hatte schon in ältester Zeit eine ganz andere Stellung als die Römerin. Letztere war im Falle der manus-Ehe wie die filia familias vollkommen verpflichtungsunfähig. Ihre Verpflichtungsgeschäfte hatten weder gegen sie noch gegen ihren Ehemann, den pater familias, irgendeine klagbare Wirkung. Im Falle der freien Ehe konnte von einer Schlüsselgewalt auch nicht die Rede sein, weil die Ehegatten hier vollkommen selbständig einander gegenüberstanden und durch ihre Rechtsgeschäfte lediglich sich selbst verpflichteten. Eine Vertretung des Mannes durch die Frau war für die Römer auch schon aus dem Grunde vollkommen undenkbar, weil die Römer eine unmittelbare Stellvertretung nicht kannten. (Per liberam personam, quae alterius iuri non subdita est, nobis nihil acquiri potest. Lex 1 Nov. 4, 27; lex 53 dig. 41, 1.)

Auf diesem patriarchalischen Standpunkt stand das alte deutsche Recht nicht. Schon die mittelalterlichen Stadtrechte zeigen, daß man die Frau in einigen Beziehungen als Vertreterin des Mannes ansah. Die Hildesheimer Statuten von 1249, das Freiburger Stadtrecht, die Lübeckischen Statuten u. a. nennen geringe Beträge, über die die Frau allein verfügen darf. Anderseits bezeichnen die Hamburger Statuten von 1270 (Teil 2, Titel 8, Art. 1) und die Münchener Statuten bestimmte im Haushalt benötigte Sachen, bezügl. deren die Ehefrau freie Verfügungsbefugnis hat. Die Lippe-Detmoldische Verordnung vom 27. 3. 1786 führt bestimmte Rechtsgeschäfte an, zu deren Abschluß die Ehefrau befugt sein sollte. Die neueren Gesetzgebungen wurden in ihren Definitionen immer allgemeiner, da die Geldwirtschaft und die fortschreitende Kultur, sowie die Klassenunterschiede innerhalb der Bevölkerung die Bedürfnisse der Familien immer mehr differenzierten. Das allgemeine Landrecht von 1794 spricht davon, daß die Frau zu gewöhnlichen Haushaltungsgeschäften oder Notdurften

Waren oder Sachen mit Begründung der Verpflichtung des Ehemanns, sie zu bezahlen, kaufen könne. (ALR II, 1 § 321; § 328.)

Das sächsische BGB spricht allgemein von Verträgen zum Zwecke der Führung des Haushalts. (§ 1645 a. a. O.)

So ist denn schließlich die Bestimmung des BGB § 1357 entstanden, die von Geschäften innerhalb des häuslichen Wirkungskreises der Frau spricht. Der Rahmen, innerhalb dessen die Ehefrau gesetzliche Vertreterin ihres Mannes ist, hat sich also im Laufe der Zeit immer mehr erweitert.

Zuerst hatte die Frau nur das Recht, den Mann bis zu einer bestimmten Geldsumme zu verpflichten. So steht im Freiburger Stadtrecht I, 9: Chein vrouwe mac irem manne sines erbis noch sines eigenis weder verkoufen noch versetzen nichtes nicht wider seinen willen, wen dridde halben pfenninc.

Andere Stadtrechte gaben der Frau die Möglichkeit, bestimmte Gegenstände mit Begründung der Verpflichtung des Mannes, sie zu bezahlen, zu erwerben. So z. B. die Hamburger Statuten von 1270, IX, 13; It ne mach ner vrouwe koper gud âne ere rechten vormunt, dat ere man gelten dorve, sunder wumpele, unde doke unde vlas ere vormunt bescheide it.

Die Aufzählung der Rechtsgeschäfte, zu deren Abschluß die Frau im Namen des Mannes befugt war, hielt noch lange an, wurde aber immer stärker erweitert. So sagt die Lippe-Detmoldische Verordnung vom 27. 3. 1786, daß die Frau die zur Führung der ihr anvertrauten Ökonomie nötigen Kontrakte gültig schließen und zu deren Behuf bewegliches Vermögen veräußern, weibliches Gesinde mieten, Hausgeräte, Kleidungsstücke und was zum Essen und Trinken erforderlich ist, anschaffen könne; daß sie das in der Haushaltung überflüssige und entbehrliche verkaufen und überhaupt in dergleichen häuslichen und wirtschaftlichen Angelegenheiten, die sich nicht allgemein, sondern nach Beschaffenheit jeder Familie und jeder Haushaltung bestimmen lassen, kontrahieren könne.

Man sah schließlich ein, daß eine Aufzählung der der Frau obliegenden Geschäfte einfach unmöglich war und so sprach bereits das preußische allgemeine Landrecht von „gewöhnlichen Haushaltungsgeschäften oder Notdurften". Und so ist es zu der allgemeinen Bestimmung des BGB gekommen.

Das BGB wollte der Ehefrau jetzt nicht mehr nur Rechtsgeschäfte, die sich auf den Haushalt beziehen, erlauben, sondern auch andere zur Bestreitung der ehelichen Lasten dienende Rechtsgeschäfte, z. B. solche, welche die Anschaffung der notwendigen Kleidung für sich und die Kinder und die Erziehung der letzteren betreffen. (Motive IV, 118.)

Die Schlüsselgewalt umfaßt eben, wie immer, das Gebiet der deutschen Hausfrau als solcher. (Ziegenhierd S. 63.) Dieses Gebiet hat sich im Laufe der Zeit immer mehr erweitert. Es ist immer zu prüfen, ob die Sitte auf eine Erledigung des betreffenden Rechtsgeschäfts durch die Frau hinweist und ob die Frau die dazu nötigen Fachkenntnisse hat.

(Leonhard Lehrb. i. kz. S. Fam. R. 4. Titel II A 2.)

Die Ehefrau hat die Schlüsselgewalt im Rahmen ihres häuslichen Wirkungskreises; das bedeutet also, daß immer der Einzelfall zu untersuchen ist. Hierbei ist weniger die Vermögenslage der Ehegatten zu prüfen, als ihr äußeres Auftreten. (Ziegenhierd S. 68.)

Wenn die Ehegatten über ihre Verhältnisse leben, dann erweitert sich dementsprechend auch der Umfang der der Frau zustehenden Schlüsselgewalt. Umgekehrt wird der Umfang der Schlüsselgewalt bei großer Sparsamkeit der Ehegatten eingeschränkt.

Da man somit nicht zu einer Definition des Umfangs der Schlüsselgewalt kommen kann, ist es auch schwierig, zu sagen, ob und welche Krankheitsfälle die Ehefrau zu Arztbestellungen im Namen ihres Mannes berechtigen.

Zunächst ist hier zu sagen, daß grundsätzlich Arztbestellungen als Geschäfte des Mannes anzusehen sind. Der Mann ist nämlich der Ehefrau und den Kindern unterhaltspflichtig. Die Unterhaltspflicht umfaßt aber den gesamten Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten. Unter den gesamten Lebensbedarf fällt natürlich alles, was zur Erhaltung des Lebens und der Gesundheit des Unterhaltsberechtigten erforderlich ist. Dazu gehört die Verschaffung ärztlicher Behandlung und Pflege. Der Lebensbedarf umfaßt jedoch nicht eine Schönheitsoperation. (Rahmel S. 10.)

Da also bei allen Krankheitsfällen regelmäßig ein Geschäft des Mannes vorliegt, ist lediglich die Frage zu prüfen, ob dies Geschäft ein solches ist, das innerhalb des häuslichen Wirkungskreises liegt. Hierbei sind die weiter oben bereits gezeichneten Gesichtspunkte zu Rate zu ziehen, die von Fall zu Fall verschieden sind. In den Krankheitsfällen des täglichen Lebens wird man das Vorliegen der Schlüsselgewalt regelmäßig annehmen können. Ebenso liegt die Rechtslage in Eilfällen.

(Warnatsch DJZ 1903, 245; Ullmann JW 1905, 520; Th. Meyer a. a. O.; Josef Ziv.A. 118, 397; Lehmann Fam.R.; Wolff Fam.R. II, 2 S. 158 f.; Wieruszowsky, Eherecht I S. 39; Rahmel S. 18; A.A. Hörle Bürg. A. 31, 113 ff.; Mittelmeinung Brückmann JW 1906, 76 ff.)

Dagegen wird man die Befugnis der Ehefrau, einen Arzt zu schwerwiegenderen, kostspieligen Operationen auf Grund der Schlüsselgewalt herbeizuziehen, für den Regelfall ablehnen müssen.

Immer ist aber zu beachten, welchen Wirkungskreis die Ehefrau in dieser Ehe hat, in welcher Weise bezügl. der Familie die Arbeit der Ehegatten geteilt ist.

(Leonhard Lehrb. i. kz. S. Fam.R. 4. Titel II, A, 2.)

Es sind deshalb auch solche Fälle denkbar, wo Arztbestellungen zu Operationen usw. in den Rahmen der Schlüsselgewalt fallen. Die Befugnis zur Bestellung eines Arztes zu Schönheitsoperationen liegt vor allem dann vor, wenn sie der äußeren Lebenshaltung der Ehegatten entspricht. (Rahmel S. 15.) In letzterem Fall könnte man aber auch eine stillschweigend erteilte Vollmacht des Ehemanns, von der Frau bezüglich solcher Krankenbehandlungen rechtsgeschäftlich verpflichtet zu werden, annehmen.

Die Befugnis zur Bestellung eines Arztes zu kostspieligeren Operationen wird dann vorliegen, wenn der Ehemann sich aus irgendwelchen Gründen auch nicht um solche Geschäfte zu bekümmern pflegt, sie vielmehr seiner Frau überläßt. Denn unter die Schlüsselgewalt fällt eben alles, was am besten von der Frau besorgt werden kann und in dieser Familie von ihr besorgt wird, wobei die Fachkenntnisse der Frau immer zu beachten sind.

Wir hatten so gesehen, wie die Offerte zur Eingehung eines Arztvertrages gestellt wird. Entweder gibt sie der Kontrahent persönlich oder er gibt sie durch Boten oder durch Stellvertreter ab. Den Stellvertreter kann er zum Abschluß des Vertrages bevollmächtigt haben; es ist aber auch möglich, daß der Stellvertreter auf Grund einer ihm vom Gesetz verliehenen Vertretungsmacht handelt. Eine solche Vertretungsmacht zur Abgabe einer Offerte zum Abschluß von Arztverträgen haben, wie wir sahen, u. a. der Inhaber der elterlichen Gewalt, der Vormund, Pfleger, Beistand und in gewissem Umfang auch die Ehefrau.

§ 5 Vertragsannahme durch den Arzt.

Die auf so verschiedene Art und Weise entstehbare Offerte muß nun, wenn ein Vertrag zustandekommen soll, von dem Arzt bezw. dessen Vertreter angenommen werden. Diese Annahme liegt im freien Ermessen des Arztes. Er ist nicht gezwungen, einen Krankenbehandlungsvertrag einzugehen. Einen obrigkeitlichen Zwang zum Vertragsabschluß, einen sogenannten Kontrahierungszwang kennen wir beim Arztvertrag, anders als zur Zeit des preuß. StGB § 200 nicht. So schreibt die Gewerbeordnung in § 144, 2 ausdrücklich, daß die für Medizinalpersonen bestehenden besonderen Bestimmungen, welche ihnen unter Androhung von Strafen einen Zwang zur ärztlichen Hilfe auferlegen, ausdrücklich aufgehoben werden. Kontrahierungszwang gibt es nur in einzelnen

wenigen anderen Fällen, die zwar stetig vermehrt werden. So haben wir Kontrahierungszwang bei allen Monopolbetrieben, wie der Post, der Eisenbahn, der Telegraphenverwaltung. Außerdem gibt es noch immer den Zwangsmietvertrag nach dem Wohnungsmangelgesetz. Schließlich haben wir zum Beispiel Kontrahierungszwang bezügl. zurückkehrender Kriegsteilnehmer und Schwerbeschädigter im Arbeitsrecht. Einen Kontrahierungszwang für den Arzt haben wir dagegen, wenigstens bisher, nicht.

(A.A. Kollbrunner S. 142 ff.; Biermann Dogm. J. 20, 283.)

Zwar wird der Arzt oft moralisch verpflichtet sein, einem Kranken zu helfen; eine Weigerung, einen Kranken zu behandeln, macht den Arzt oft ehrengerichtlich strafbar, wenn die Weigerung ein Verstoß gegen die ärztlichen Standessitten ist, wie der preuß. Ehrengerichtshof für Ärzte am 1. 12. 1902 erkannt hat.

In wenigen, insbesondere schwerwiegenden Erkrankungen, die sofortige ärztliche Hilfe erheischen, wird man v i e l l e i c h t auch eine Rechtspflicht zur Behandlung und bei Weigerung Schadensersatzpflicht aus § 826 konstruieren können. So nimmt Nipperdey: „Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag" in manchen Fällen einen latenten Zwang zur Behandlung an. Außerdem stellt § 360 Z. 10 StGB eine Rechtspflicht zum Handeln auf.

Der Arzt ist also in den wenigsten Fällen zum Vertragsschluß verpflichtet; er ist aber m. E. verpflichtet, wenn ihm eine Vertragsofferte zugeht, die er nicht annehmen will, deren Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Grundsätzlich besteht zwar keine Pflicht zur ausdrücklichen Ablehnung von Vertragsanträgen. Man braucht, wenn man eine Offerte nicht annehmen will, in den meisten Fällen überhaupt nicht darauf zu reagieren. Oft aber kann das Stillschweigen als Vertragsannahme ausgelegt werden, und oft kann das Stillschweigen zum Schadensersatz verpflichten. So hat die Rechtsanwaltsordnung § 30 ausdrücklich eine Pflicht zur Ablehnung für Rechtsanwälte anerkannt.

Der erstere Fall, wonach das Stillschweigen als Vertragsannahme auszulegen ist, liegt vor, wenn eine ausdrückliche Annahmeerklärung nach der Verkehrsitte nicht zu erwarten ist oder der Antragsteller auf sie verzichtet hat. (§ 151 BGB.) Zwar beseitigt § 151 nur das Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit der Annahme, verlangt jedoch die Annahme als solche weiterhin. Wenn aber das Verhalten des Kontrahenten als Annahme zu werten ist, dann muß er eine solche Auslegung gegen sich gelten lassen, wie wenn er eine Erklärung abgegeben hätte, über deren richtigen Inhalt er sich nicht im klaren war. Es ist dann der

Vertrag als zustandegekommen anzusehen; dieser aber ist nach dem direkt oder nach anderer Ansicht analog anzuwendenden § 119 anfechtbar. Jedenfalls wird dann der Arzt meist das negative Interesse gemäß § 122 ersetzen müssen.

(Staudinger § 151 Anm. 5; **a. A.** Oertmann § 151 Anm. 3b, siehe hierzu den von Manigk geklärten Unterschied zwischen Willenserklärung und Willensgeschäft.)

Wenn man aber diese Bestimmung des § 151 nicht für anwendbar erklären will, um eine Schadensersatzpflicht des Arztes aus Schweigen auf das Zugehen eines Angebots zu konstruieren, so wird man doch aus dem folgenden in vielen Fällen eine Pflicht des Arztes zur ausdrücklichen Ablehnung eines Vertragsantrags bei Vermeidung einer Schadensersatzpflicht konstruieren können.

§ 663 begründet für denjenigen, der sich zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich erboten hat, die Pflicht, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. § 663 gilt jedoch zunächst nur für „Aufträge", d. h. unentgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge. § 675 dehnt die Anwendbarkeit des § 663 aber noch auf solche Dienst- und Werkverträge aus, die auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet sind. § 663 wäre also wenigstens direkt nur anwendbar, wenn man den Arztvertrag als „Geschäftsbesorgungsvertrag" ansieht. Ob dies der Fall ist, soll erst später untersucht werden. Jedenfalls wird man, wenn man auch den Arztvertrag als nicht unter § 675 fallend ansieht, doch das Bedürfnis haben, § 663 wenigstens analog auf den Arztvertrag anzuwenden.

(Mensching S. 63; Hegener S. 31; Joachim u. Korn S. 344.)

Denn aus menschlichen Gründen, zur Rettung oder doch beschleunigteren Heilung der Kranken, ist eine ausdrückliche Ablehnungspflicht zu fordern (so auch Schmidt S. 22 und Teufel S. 15). Zwar darf man diese Analogie nicht auf alle Fälle der einem Arzt zugehenden Offerten anwenden; vielmehr wird man auch hier ziemlich engherzig sein müssen und eine Ablehnungspflicht nur dann begründen, wenn andernfalls dem Kranken großer Schaden entstehen würde, insbesondere, weil die Krankenbehandlung eilt. Der Arzt macht sich also im Falle des Unterlassens einer ausdrücklichen Ablehnung eines Vertragsangebots gemäß § 276 schadensersatzpflichtig (**A. A.** Israel S. 3.)

Wir hatten so gesehen, wann und wie ein Arztvertrag zustandekommt.

2. Abschnitt: Vertragsparteien.

§ 6 Vertrag zwischen Arzt und einem Dritten.

Der Arztvertrag kann nun zwischen Arzt und Krankem oder aber auch zwischen Arzt und einem Dritten zustandekommen. Vor allem ist an das Rechtsverhältnis zwischen Kassenpatienten und Krankenkasse einerseits und zwischen Krankenkasse und Arzt andererseits zu denken. Es kann jeder beliebige Dritte mit einem Arzt einen Vertrag dahingehend abschließen, daß dieser verpflichtet ist, einen gewissen Kranken zu heilen. Es braucht dieser Dritte in keinerlei Beziehungen zu dem Kranken zu stehen, ja er braucht ihn nicht einmal zu kennen. Wenn er in Beziehungen zu dem Kranken steht, so können diese Beziehungen der verschiedensten Art sein. Dieses „Deckungsverhältnis" kann sein eine Schenkung an den Kranken; es kann auch sein ein vollmachtloser Auftrag usw.

Wenn ein Arztvertrag zwischen Arzt und einem Dritten abgeschlossen wird, dann entstehen grundsätzlich nur Rechte und Pflichten inter partes. Pflichten können für den Kranken aus diesem Vertrag niemals begründet werden. Denn einen Vertrag zu Lasten Dritter kennt das BGB. nicht. (Ausnahme §§ 2278,2; 2281 ff; 2294 ff.)

Es ist jedoch wohl möglich, daß durch den Vertrag für den Kranken Rechte begründet werden. Dann würde es sich um einen Vertrag zu Gunsten oder zu Rechten Dritter handeln. Die so begründeten Rechte sind aber auch lediglich so beschaffen, daß sie mit Wirkung ex tunc von dem Kranken ausgeschlagen werden können.

Bei dem Vertrag zu Rechten des Kranken erwirbt dieser das Recht, unmittelbar von dem Arzt die Krankenbehandlung zu fordern. Solche Verträge waren in Rom unbekannt (lex 38 § 17 dig. 45, 1 und auch lex 38 §§ 20—23 dig. 45, 1). Alteri stipulari non potest, heißt es in jenen Pandektenstellen. Anders spätere Kaiserkonstitutionen: lex 8 cod. 3, 42; lex 3 cod. 8, 54. Anders auch das ältere deutsche Recht. (Brunner ZHR 22, 96 ff.)

Es liegt aber nicht immer ein Vertrag zu Rechten Dritter vor. Vielmehr handelt es sich oft um einen Vertrag zugunsten Dritter, bei dem weder Rechte noch Pflichten für den Kranken begründet werden.

Ob nun das eine oder das andere vorliegt, ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages zu entnehmen. Hierbei kommt es nicht lediglich auf den inneren, nicht hervorgetretenen Willen der Parteien an, sondern darauf, was als Sinn aus ihren Abmachungen hervorgeht. (Leonhard Allg. Schuld. R. S. 351.)

Oft wird man hier das Vorliegen eines Vertrages zu Rechten des Kranken, also mit Verschaffung unmittelbarer Rechte desselben, an-

nehmen müssen. So bezüglich des Vertrages des Mannes zugunsten der Ehefrau: Rahmel S. 3 ff. Bezüglich des Vertrages zugunsten eines Minderjährigen: RG Warn. 1918 Nr. 113.

(Hierzu allgemein JW 1919, 38; Hellwig S. 28; Flügge S. 78.)

Der Grund ist nicht nur der, daß der Vertrag ja im Interesse des Kranken abgeschlossen ist, wie die Ansicht der zweiten Kommission zum BGB war (Prot. 1 748 ff; 760 ff) und wie die Ansicht von Planck (zu § 330) ist. Der Grund liegt vielmehr darin, daß der eigentliche Kontrahent aus dem Vertrag verdrängt wird und der Kranke selbst die Vertragsleistung evtl. erzwingen soll.

(Leonhard Allg. Schuld R. S. 353 ff.; Pies S. 34 ff.)

3. Abschnitt: Rechtsnatur des Arztvertrages.

Im folgenden wollen wir nun untersuchen, welche Rechtsnatur der Vertrag mit dem Arzt hat, ob er unter eine der Typen des BGB fällt oder ob er ein Vertrag eigener Art ist. Dazu ist ein historischer Rückblick erforderlich.

§ 7 In Rom.

In Rom gab es naturgemäß in ältester Zeit noch keine medizinische Wissenschaft. Zuerst wurde die ärztliche Tätigkeit durch die Priester ausgeübt. Auch als sich die ärztliche Tätigkeit in anderen Händen befand, konnte von einer Medizin als Wissenschaft noch nicht die Rede sein. Meistens praktizierten hier Sklaven gegenüber Sklaven. (Haeser S. 103.) In dieser Zeit faßte man die Tätigkeit, da sie eine rein körperliche war, wie alle körperlichen Tätigkeiten als locatio conductio operarum auf. Das geht auch daraus hervor, daß die Dienstmiete sich aus der Sachmiete entwickelt hat und diejenigen, welche auf Grund der locatio conductio operarum Dienste leisteten, nämlich die Sklaven, als Sachen angesehen wurden. (Giercke Sch. R. S. 596.) Daraus erklärt sich auch die Stelle im 9. Buch der Digesten, Titel 2 lex 7 § 8, wo es heißt: Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.

Späterhin entwickelte sich nun die ärztliche Wissenschaft, die naturgemäß nicht von Sklaven, sondern von cives Romani betrieben wurde. Nur die Chirurgie wurde den medizinischen Handwerkern überlassen. Die freien Römer hielten es aber für unter ihrer Würde, gegen Entgelt tätig zu sein. Denn schon Aristoteles sagte, die Lohnarbeit mache den Geist unfrei und erniedrige ihn. (Politica 5 (8) 2.) Wenn sie ihr Können anderen zugute kommen ließen, dann sollte dies unentgeltlich sein. So sagte schon in Griechenland Sokrates,

der Verkauf der Wissenschaft sei ebenso schimpflich, wie der Verkauf der Liebe. (Neddermann S. 25.) Da man nur unentgeltlich tätig wurde, stand nichts im Wege, diese Kontrakte unter das mandatum fallen zu lassen. Ebenso bekamen ja auch zuerst die römischen Beamten kein Gehalt.

Als man später doch dazu überging, Entgelt für seine ärztliche Tätigkeit zu fordern, wußte man nicht, auf welche Weise man zu einer actio auf Entgelt gelangen sollte. Auf die locatio conductio operarum zurückzukommen, war nicht möglich, da man sich als freier Römer dann mit den Sklaven auf eine Stufe gestellt haben würde. Außerdem hielt man es weiterhin für unziemlich, dem Kontrahenten eine Klage auf Tätigwerden gegen den Arzt zu geben. Der freie Römer hielt es für unter seiner Würde, sich vertraglich zur Leistung von Diensten zu verpflichten. Denn so etwas gab es nur bei den Unfreien. Der freie Römer verachtete es auch, Lohn zu bekommen; er wollte lediglich eine Aufmerksamkeit, einen Ehrensold, einen Beitrag zu seinen Lebenskosten. Hierzu dig. 9, 6 lex 1 pr. Ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi, et id, quod datur, ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari. So beschreibt auch Cicero den Unterschied von freier und unfreier Tätigkeit: Cicero, de officiis I c 42 § 150: Illiberales et sordidi quaestus mercenariorum, quorum operae, non artes emuntur.

Um dem Arzt so zu einem Ehrensold zu verhelfen, ging der Magistrat (ein Verwaltungsbeamter) durch ein außerordentliches Einschreiten, (extraordinaria cognitio) gegen den ungezogenen Kranken vor. Dig. 50, 13 lex 1 § 1: Medicorum quoque eadem causa est, quae professorum, nisi quod iustior, quum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant; et ideo his quoque extra ordinem ius dici debet. Der Arzt war seinerseits zur Leistung nur verpflichtet, wenn die Gegenseite bereits geleistet hatte und zwar nur nach der actio praescriptis verbis. (Kollbrunner S. 72.)

Schon früher hatte man aus dem Arztanspruch eine naturalis obligatio gemacht, d. h. es konnte das einmal Gezahlte nicht aus dem Grunde zurückgefordert werden, weil der Kranke an sich nicht zur Leistung verpflichtet war.

Aber man soll nicht meinen, das so beschriebene Verhältnis habe sich lediglich bei den Ärzten so entwickelt. Nein, ähnlich ging es allen sogenannten freien Berufen, d. h. Berufen, die von Freien ausgeübt wurden. In Rom operae locari non solitae; operae liberales genannt. So z. B. auch den rhetores, grammatici, geometrae. Ebenso auch den mensores, proxenetici und den iuris studiosi. So schreibt z. B. dig. 50, 13 lex 4: Divus Antoninus Pius rescripsit, iuris studiosos, qui

salaria petebant, haec exigere posse. Ähnlich für die proxenetici: dig. 50, 14.

(Zu allem Kollbrunner S. 70 ff.)

§ 8 Im gemeinen Recht.

Die so verständliche Unterscheidung der Römer zwischen den operae liberales und den operae illiberales blieb bis in die jüngste gemeinrechtliche Zeit, wenigstens bei einer Anzahl von Schriftstellern bestehen. Die operae illiberales unterlagen der locatio conductio operarum und die operae liberales wurden als contractus sui generis aufgefaßt, der teils nach Analogie des Mandats, teils nach den Regeln des Innominatkontrakts beurteilt wurde.

(Dazu Kollbrunner S. 75, Hegener S. 11.)

§ 9 Entwürfe zum BGB.

Daß mit diesem nominellen Unterschied bei Verfertigung eines neuen Gesetzbuchs aufgeräumt werden mußte, war klar. So schreiben denn auch die Motive zum BGB, Band II S. 456: „Der Entwurf vermeidet es, auch nur in formeller Hinsicht zwischen operae liberales und illiberales zu unterscheiden".

Es waren aber bei den Entwurfsarbeiten zum BGB zwei entgegengesetzte Kräftezentren. Die einen wollten die artes liberales unter die gewöhnlichen Dienstvertragsnormen subsumieren; die anderen dagegen klebten an der Theorie des honorierten Mandats. So ist für die letzteren das Gutachten aus dem Anwaltsstande 1890 S. 858 ff bemerkenswert, wo Loewenfeld sagt, bei den artes liberales sei das Honorar lediglich das Mittel, das z. B. dem Arzt die an sich gewollte Mandatsleistung ermöglicht und erleichtert. Dagegen sei beim Dienstvertrag die Vergütung etwas ganz anderes. Der Gesetzgeber schloß sich der Meinung an, daß jetzt nicht mehr zwischen den artes liberales und illiberales zu unterscheiden sei.

§ 10 Auftragsvertrag?

Deshalb ist es abzulehnen, den Arztvertrag als unter die Auftragsnormen fallend anzusehen. Zunächst ist der Auftragsvertrag unentgeltlich, dann passen auch die folgenden Normen schlecht auf den Arztvertrag. Vor allem ist es ganz unmöglich, beim Arztvertrag anzunehmen, daß der Arzt verpflichtet ist, auf Verlangen „über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen". Sehr richtig sagt hierzu Schmidt S. 15, daß eine solche Verpflichtung beim Arztvertrag geradezu gefährlich ist. Denn manchmal könnten dem Patienten durch die Erkenntnis dessen, was er noch zu ertragen hat, unabsehbare Schäden entstehen. Auch würde der Arzt hier in Kollision mit dem

ihm nach § 300 StGB auferlegten Berufsgeheimnis kommen, wenn er z. B. von einem anderen als dem Kranken zum Tätigwerden beauftragt ist.

Bedenklich stimmt weiter die Vorschrift, daß der Beauftragte dem Auftraggeber alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herausgeben muß. Das ist aber doch sicherlich nicht immer der Fall.

Weiter ist es nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend, daß der „Auftraggeber dem Beauftragten Vorschuß leistet". Es sind noch mehr Vorschriften des Auftragsrechts höchst bedenklich. So erlischt gemäß § 672 der Auftrag im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers. Wenn hier auch nur eine Vermutungsregel aufgestellt ist zu Zwecken der Beweislast, so würde man auch hier sagen müssen, daß beim Arztvertrag die Vermutung nicht gerechtfertigt ist. Nach alledem kann ich mich nicht entschließen, den Arztvertrag unter die Bestimmungen des Auftrags zu subsummieren.

§ 11 Eigenartiger Vertrag. (Contractus sui generis.)

Es gibt nun auch heute noch Wissenschaftler, die sich nicht damit befreunden können, den Arztvertrag als gewöhnlichen Arbeitsvertrag anzusehen und demgemäß, da die Auftragsregeln auch ihnen als unpassend vorkommen, den Arztvertrag als eigenartigen Vertrag ansehen. Dies ist vor allem Kober in den früheren Auflagen zu Staudingers Kommentar Vorbem. IV, 1 c vor § 611 und Kuhlenbeck JW 1904, 594 ff. Diese Ansicht wird aber m. E. nicht auf durchschlagende Argumente gestützt. So zieht vor allem nicht der Einwand Kobers, nach den Dienstvertragsregeln müsse der Arzt den Weisungen des Kranken Folge leisten. Denn, so sagt Schmidt S. 15 und Hellwig in: ärztliche Rechtskunde S. 112, auch OLG 6, 83: die Weisung, der der Arzt zu folgen hat, ist die des Patienten, ihn nach den Regeln der ärztlichen Kunst sachgemäß zu behandeln. (Ebenso Camphausen S. 4.) Die einzelnen vorzunehmenden Handlungen müssen dem Arzt überlassen bleiben, ohne darum der Weisung des Patienten zu widersprechen. Auch ist kein Grund, einen contractus sui generis deshalb anzunehmen, weil dem Arztvertrag kein „Ergebenheitsmoment" innewohnt. Denn vor allem beim Dienstvertrag ist neben dem gebundenen auch ein freier Vertrag denkbar. (Ebenso Camphausen S. 3, Mensching S. 29.) Ebenso rechtfertigen auch die für den Arzt noch besonders geltenden öffentlich-rechtlichen Normen (Approbation, Taxen usw.) nicht, daß man die Normen der Arbeitsverträge auf den Arztvertrag nicht anwendet.

(Ebenso Schmidt S. 15; Camphausen S. 3; Mensching S. 32.)

§ 12 Werkvertrag?

Der Arztvertrag ist vielmehr unter die Normen des gewöhnlichen Arbeitsvertrags zu subsumieren, d. h. also unter die Normen des Dienst- oder Werkvertrages. Zunächst richtet es sich nach der Vereinbarung, welche Normen Anwendung finden. Aber regelmäßig wird eine solche Vereinbarung fehlen und es ist deshalb nach Sinn und Zweck des Vertrages zu entscheiden. Unter welche beiden Kategorien fällt also der Arztvertrag?

(Werkvertrag nimmt als regelmäßig vorliegend an: Lotmar Band II, 877 ff., weil der Arzt nicht nach der Dauer der Behandlung, sondern für die Arbeit einschließlich des Ergebnisses bezahlt werde. Akkordlohnvertrag.)

Zunächst kann gesagt werden, daß es Fälle gibt, wo die Dienstvertrags-, daß es aber auch Fälle gibt, wo die Werkvertragsnormen Anwendung finden. So ist z. B. der Vertrag auf Erstattung eines Gutachtens (Camphausen S. 11, 20), auf Erteilung eines Gesundheits- oder Krankheitsattestes oder der Vertrag auf Harnuntersuchung, auf Aufnahme eines Röntgenbildes zweifellos als Werkvertrag anzusehen. Ebenso die meisten zahnärztlichen Behandlungen, wie das Ziehen eines Zahns, die Anfertigung eines Gebisses. Schließlich auch die Obduktion einer Leiche. (Mensching S. 57.) Aber die meisten Fälle des Arztvertrages unterstehen doch den Dienstvertragsregeln.

(Ebenso Enneccerus § 370, I, 2a; Staudinger I, 1c vor § 611; Holz JW 1904, 1124; Kahl JW 1930, 1545; Zitelmann, Haftung S. 3; Flügge S. 64.)

Hellwig S. 17 glaubt sogar, der Arztvertrag unterliege wohl immer den Dienstvertragsregeln. Hierbei hat Hellwig aber doch wohl sicher nicht an die oben bezeichneten Fälle gedacht. Denn ein Arzt wird doch niemals Anspruch auf Honorar erheben können, wenn er zwar an dem von ihm zu erstattenden Gutachten gearbeitet, es aber noch nicht fertiggestellt hat. Die bis zur tatsächlichen Fertigstellung des Gutachtens geleistete Arbeit des Arztes ist dem Geschäftsherrn vollkommen unnütz. Deshalb ist die Gutachtenanfertigung als Werkvertrag anzusehen. Denn erst dann hat die Arbeit für den Besteller irgendwelchen Wert, wenn die Arbeit ein von ihr losgelöstes Ergebnis zeitigt. (Teufel S. 8.) Es ist hier eben ein Vertrag vorliegend, wo Resultat der Arbeit und Entgelt Austauschobjekte sind. (Rümelin S. 21; Camphausen S. 18.) Anders ist es bei der Krankenbehandlung als solcher. Hier wird man dem Arzt auch Honorar zubilligen, wenn er den Kranken trotz redlichen Bemühens nicht geheilt hat. Nur die letzteren Fälle, die aber die meisten des Arztvertrages sind, geben Anlaß, zu überlegen, unter welche der Arbeitsvertragsnormen der Arztvertrag fällt. Insbesondere ist der Vertrag auf Vornahme einer Operation besonders zweifelhaft. Ist hier irgend ein Erfolg versprochen oder nicht?

§ 13 Dienstvertrag

Ein Werkvertrag liegt auch hier nicht vor, denn beim Operationsvertrag wird keinerlei Erfolg versprochen. (Mensching S. 58.) Zunächst wird niemals vom Arzt versprochen, daß die Operation erfolgreich verlaufen wird. Denn ein solches Versprechen ließe sich mit der ärztlichen Standesehre nicht vereinbaren, da doch bekannt ist, daß man den Verlauf einer Krankheit bezw. hier einer Operation niemals bestimmt voraussehen kann; kommen doch bei den ungefährlichsten Operationen Fälle vor, wo das Leiden sich verschlimmert, oder sogar der Tod des Patienten eintritt.

Damit allein läßt sich aber der Werkvertrag nicht ablehnen, denn es sagen einige, es werde ja bei der Operation gar nicht versprochen, daß der Erfolg, weswegen sie vorgenommen ist, eintritt; sondern lediglich, daß die Operation als solche erfolgreich sei, daß also z. B. der herauszunehmende Blinddarm auch wirklich herausgenommen werde.

(So z. B. Enneccerus § 370 I, 2; Nolte S. 6; Meyer S. 41 Anm. 28; Rahmel S. 5; Israel S. 9; Camphausen S. 21, aber stark einschränkend; Pies S. 17 ff.; Götte Med. Woch. 1899, 978.)

Aber auch dieser Erfolg wird vom Arzt nicht versprochen, vielmehr wird er auch dann Anspruch auf Honorar erheben, wenn die Operation aus irgendeinem von keiner Seite zu vertretenden Grunde nicht zu Ende geführt werden kann; wenn etwa sich herausstellt, daß der zu entfernende Blinddarm bereits früher einmal in äußerlich nicht mehr sichtbarer Weise entfernt worden ist oder wenn wegen zu starker Schwächung des Patienten die Operation vorzeitig abgebrochen werden muß. Es ist also die Ansicht Meyers S. 41 abzulehnen, der glaubt, jeder typische Operationsvertrag sei ein typischer Werkvertrag. Ebenso kann man auch die Tatsache, daß der Arzt dem Kranken oder dessen Angehörigen versprochen hat, „er werde ihn durchbringen", nicht als Erfolgversprechen ansehen. Das ist keine juristisch verbindliche Erklärung.

(Ebenso Leonhard Bes. Sch. R. S. 197; Mensching S. 56 ff.)

Aber auch die Ansicht Brückmanns (Ärztl. Sachv. Zeitg. 1902, 310 ff), daß lediglich die rein technischen Handlungen des Arztes als Werkvertrag, dagegen die „höheren Operationen" als Dienstvertrag anzusehen sind, ist abzulehnen. Denn auch bei rein technischen Handlungen dürfen nicht dem Arzt jegliche Möglichkeiten, den Vertrag zu kündigen, genommen werden, wie es doch beim Werkvertrag der Fall ist. In Ermangelung eines jeglichen Kündigungsrechts würde die Stellung des Arztes aber der Freiheit und Würde ermangeln, der sie bedarf. (Zitelmann S. 4.)

Es ist deshalb, außer wenigen Fällen, von denen oben einige beispielsweise aufgezählt wurden, grundsätzlich anzunehmen, daß der Arztvertrag ein Dienstvertrag ist.

(Leonhard Bes. Sch. R. S. 197; Joachim u. Korn S. 341; Hegener S. 21; RG 99, 36; Seuff. Bl. 70, 182; 72, 501; JW 1911, 449 Nr. 17; Ebermayer, Arzt im Recht S. 72; Staudinger I. 1c vor § 611; Holz JW 1914, 1124; Kahl JW 1930, 1545; Zitelmann, Haftung S. 3; Hellwig S. 17; Flügge S. 64; Rabel S. 75; Hammer S. 21; so auch im Schweizer Obligationenrecht Art. 338; dazu AE Band XVIII Nr. 63; Bd. XXVI Nr. 75.)

Der Arzt verspricht lediglich seine Dienste, die er nach bestem Können einsetzen will. Er verspricht auch nicht etwa ein fehlerloses Können, ein unbedingt richtiges Verfahren zur Heilung. Dies auch nicht dann, wenn die Heilmethode einer bestimmten Krankheit anerkannt richtig ist. Der Arzt verspricht lediglich, seine Dienste soweit einzusetzen, als er medizinisch gebildet ist. Deshalb verspricht ein einfacher praktischer Arzt z. B. bedeutend weniger, als ein berühmter Spezialist auf dem Gebiet der fraglichen Erkrankung.

Die Dienstvertragsregeln entsprechen durchaus den Bedürfnissen des Lebens, was den Arztvertrag angeht, jedenfalls besser als die für den Werkvertrag. Der Arzt wird vor allem sein Honorar nicht nach der von ihm behandelten Krankheit bemessen, außer bei besonders zu veranschlagenden Handlungen. Wenn der Arzt lediglich gewöhnliche Dienste geleistet hat, den Kranken ambulant behandelt hat und keine Eingriffe vorgenommen hat, wird er die Honorarhöhe nach dem Zeitraum bemessen, während dem er den Kranken behandelt hat. Er wird also auch die Zeit seiner Tätigkeit, nicht dagegen auf ihren Erfolg bei Honoraransprüchen Bedacht nehmen. Hier ist natürlich zu sagen, daß alles cum grano salis zu nehmen ist. Der Arzt kann, aber er wird wohl nie gleich hohe Honoraransprüche stellen, wenn seine Tätigkeit außerordentlich erfolgreich war oder aber wenn sie von dem größten Mißerfolg gekrönt war.

Vor allem ist beim Arztvertrag wichtig, daß es beiderseits möglich ist, ihn mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Dem Kranken muß es gestattet sein, die Behandlung durch den einen Arzt abzubrechen und einen anderen Arzt aufzusuchen. (Leonhard Bes. Sch. R. S. 212.) Ebenso muß es dem Arzt gestattet sein, wenn er sich an den Vertrag nicht halten will, diesen zu kündigen. (Vergl. Prot. II, 303.) Selbstverständlich darf eine derartige Kündigung nicht zur Unzeit geschehen. Der Arzt darf also nicht etwa eine bereits begonnene Operation abbrechen, sagend, gemäß § 627 könne er jederzeit kündigen. Eine solche vorzeitige Beendigung eines Vertrags würde den Arzt schadensersatzpflichtig, womöglich sogar strafbar machen.

(Zitelmann S. 4; Teufel S. 47; will eine Kündigung nach § 627 überhaupt nicht zulassen.)

Da wir nun zu dem Ergebnis gekommen sind, daß der Arztvertrag grundsätzlich als Dienst- und nur ausnahmsweise als Werkvertrag anzusehen ist, ist es weiterhin nötig, zu untersuchen, ob der Arztvertrag denn ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, ist. (§ 675 BGB.)

§ 14 Geschäftsbesorgungsvertrag?

Auf einen solchen Dienstvertrag findet nämlich ein Teil der Auftragsnormen Anwendung. Die Bestimmung des § 675 ist ein Überbleibsel des Gedankens vom honorierten Mandat.

Wenn der Arztvertrag unter diesen Paragraphen fallen soll, dann müßte er eine „Geschäftsbesorgung" zum Gegenstande haben. Ob dies der Fall ist, sei im folgenden untersucht. Was unter „Geschäft" im Sinne des § 675 zu verstehen ist, ist sehr umstritten. Die Mitglieder der zweiten Kommission zum BGB waren sich auch nicht darüber klar, sagten sie doch, die Entscheidung über diese Frage müsse der Wissenschaft überlassen bleiben. (Prot. II, 377.) Um zu einer guten Definition dieses Begriffs zu kommen, ist es zweckmäßig, sich im Gesetz nach ähnlichen Bestimmungen umzusehen. Da stößt man sofort auf die §§ 662 und 677, die ebenfalls von Geschäftsbesorgung oder Geschäftsführung reden. Diese beiden Ausdrücke sind gleichbedeutend, wie aus § 677 hervorgeht, wo der Ausdruck nur aus sprachlichen Gründen gewechselt worden ist. (Ebenso Brückmann S. 10.)

Viele stehen nun auf dem Standpunkt, daß, da das Gesetz es auch sonst mit der Ausdrucksweise genau nimmt, der Begriff in allen drei Bestimmungen derselbe sein muß.

(So Staudinger § 677 Anm. 2a; Warneyer 677 Anm. II; Brückmann S. 27; Isay S. 44 ff.; Hellwig S. 10; Oertmann Vorbem. 5a zu § 662; Nolte S. 2; Siméon S. 513; Mensching S. 61 ff. u. a.)

Es wird zwar allgemein anerkannt, daß diese Annahme zu großen Unzuträglichkeiten führt. Aber nur, um dem Gesetz keine Ungenauigkeit vorzuwerfen, versucht man, die Schwierigkeit mit allen Mitteln zu umgehen.

Aber eine solche Annahme geht fehl. Das Gesetz hat eben sich doch einige Ungenauigkeiten zuschulden kommen lassen. Wollte man annehmen, der Begriff des Geschäfts wäre in den §§ 662, 675, 677 der gleiche, dann käme man zu folgenden unerwünschten Ergebnissen. Man könnte einmal annehmen, Geschäft wäre gleich Rechtsgeschäft. (So Staub § 362 HGB.) Dann würde man aber in fast allen Fällen, wo ein Auftrag erteilt wird, eine direkte Anwendbarkeit der §§ 662 ff verneinen müssen. Denn die meisten Aufträge gehen nicht auf Abschluß von Rechtsgeschäften, sondern von tatsächlichen Handlungen. Man müßte aber auch für die letzteren

Fälle eine gesetzliche Regelung haben, wäre also demnach gezwungen, die Auftragsregeln entsprechend anzuwenden. Eine Analogie ist aber solange zu vermeiden, als es möglich ist.

Wollte man weiter annehmen, daß der Geschäftsbegriff auch alle tatsächlichen Handlungen umfaßt, dann würde man ebenfalls zu schlechten Resultaten kommen. Fast alle Werkverträge sind auf eine tatsächliche Handlung gerichtet. § 675 will aber offenbar nur einige von allen Werkverträgen umfassen. Um trotzdem noch bei der Gleichheit des Begriffs „Geschäft" in allen drei Bestimmungen zu bleiben, wollen einige nun sogar den ganzen Begriff des Werkvertrages aus § 675 hinausinterpretieren. (Lenel Dogm. Jahrb. 44, 31 ff.) Andere wieder wollen die Auftragsregeln auf alle Werkverträge anwenden. (Kipp bei Windscheid S. 723.)

Man versucht also dem Gesetz Zwang anzutun, nur um bei der Gleichheit der Begriffe bleiben zu können. Aber das geht nicht an. Vielmehr muß man sich zu der Meinung durchringen, daß der Gesetzgeber eben in seinem Ausdruck ungenau gewesen ist. Manche wollen zwar die Schwierigkeit überwinden, indem sie sagen, unter den Geschäftsbegriff fielen zwar nicht nur Rechtsgeschäfte, aber nicht auch alle Tathandlungen, sondern nur solche Tathandlungen, die wirtschaftlichen Charakter tragen.

(So Enneccerus-Lehmann § 161 I Anm. 4; Isay S. 47.)

Aber auch das geht nicht an, denn es gibt viele Aufträge, die auf solche Tathandlungen gerichtet sind, die nicht wirtschaftlichen Charakter tragen. Auch hier müßte man also wieder zu der unliebsamen Analogie schreiten. Deshalb stellt man sich doch besser auf den Standpunkt, daß der Geschäftsbegriff in § 675 ein anderer ist als in §§ 662 und 677.

(So auch Leonhard Lehrb. i. kz. S. S. 85; Enneccerus § 384.)

Wir sind also nicht weiter gekommen durch die Heranziehung gleichlautender Gesetzesstellen, um zu einer Definition des Geschäftsbegriffs in § 675 zu gelangen. Wir müssen deshalb auf anderem Wege zu einer Definition zu gelangen suchen. Nur dadurch ist zu einem guten Ergebnis zu kommen, daß zu überlegen ist, warum eigentlich die ganze Bestimmung des § 675 gegeben ist. Nur auf solche „Geschäftsbesorgungen" ist § 675 anzuwenden, wo die Anwendbarkeit der dort angezogenen Auftragsregeln auch für entgeltliche Tätigkeit einem praktischen Bedürfnis entspricht. Es ist also zu überlegen, wann man den Dienstverpflichteten zwingen will, eine ihm zugehende Offerte im Ablehnungsfall unverzüglich abzulehnen; wann man eine Pflicht zur Auskunftserteilung annehmen will; wann man ein Abweichungsrecht von den Weisungen des Dienstherrn geben; wann man eine Vorschußpflicht; wann man die Folgen der §§ 672 bis 674 konstruieren will. Hier eine generelle Regel zu

geben, die in allen Fällen anwendbar ist, dürfte sehr schwer fallen. Deshalb streitet man sich darüber auch so sehr, wobei fast kein einziger Schriftsteller eine genau gleiche Ansicht wie ein anderer hat. Es dürfte sich deshalb empfehlen, umgekehrt zu sagen, welche Dienst- und Werkverträge nicht unter § 675 fallen, wobei diese negative Aufzählung natürlich auch nur exemplificativ sein kann. Wenn man jemand zum Umgraben eines Gartens bestellt, dann wird man niemals verlangen können, daß der Arbeiter im Ablehnungsfall dies unverzüglich dem Auftraggeber mitteilen muß bei Vermeidung einer Schadenersatzpflicht. Auch wäre es unsinnig, hier etwa von einer Rechenschaftspflicht zu reden. § 675 wird demnach in diesem Fall nicht anwendbar sein. Ebenso ist es mit dem Holzfäller. Ebenso auch, wenn ich jemanden zum Wagenputzen bestelle oder zur Reparatur eines Gartentors. Man kann hier bereits verallgemeinern, indem man sagt, untergeordnete Tätigkeit falle nicht unter § 675. (Ebenso Leonhard Bes. Sch. R. S. 256.)

Es scheiden also unselbständige Dienste niederer Art vollständig aus. Die selbständigen Dienste niederer Art erheischen zum Teil die Anwendung einiger weniger der angezogenen Paragraphen. Man sollte nun meinen, daß somit alle Dienste höherer Art unter § 675 fielen. Aber das ist auch zu verneinen. Einem Künstler zum Beispiel wird man nicht ein Abweichungsrecht geben. Es fällt vor allem und damit kommen wir zur Lösung der von uns gestellten Frage, nicht die Tätigkeit des Arztes unter § 675.

(Leonhard Bes. Sch. R. S. 256; Hegener S. 23; Neddermann S. 22; Pies S. 29 ff.; Mensching S. 62; Israel S. 15; a. A. Camphausen S. 45; Joachim u. Korn S. 354.)

Zwar scheint der § 663 BGB als auf den Arztvertrag besonders gut passend, da die darin ausgesprochene unverzügliche Ablehnungspflicht bei vielen Krankheitsfällen aus begreiflichen Gründen zu fordern ist. Die andern in § 675 angezogenen Bestimmungen passen jedoch alle auf den Arztvertrag nicht. Vor allen Dingen kann der Arzt nicht verpflichtet sein, über den Stand des „Geschäfts" Auskunft zu erteilen. Denn einem Kranken kann eine unbeschränkte Auskunft unter Umständen sehr schaden. Auch würde es undenkbar sein, daß auf diese Weise der Arzt verpflichtet sein würde, auf Verlangen unentgeltlich einen begründeten Behandlungsbericht zu überreichen. (Teufel S. 12.) Weiter ist es undenkbar, § 665 auf den Arztvertrag anzuwenden. Welche Weisungen gibt der medizinisch nicht vorgebildete Laie denn überhaupt dem Arzte? Doch niemals sachliche, die nur hier in Betracht kommen können. Von Geld des Kranken, das der Arzt für sich verwendet, wovon in § 668 gesprochen wird, kann doch ebenfalls keine Rede sein. Vorschußleistungspflicht, wie sie in § 669 vorgeschrieben ist,

ist auch abzulehnen. Weiter erledigt sich der Arztvertrag, wenigstens in den Fällen, wo der Arzt mit dem Kranken selbst kontrahiert, anders als in § 672 im Zweifel durch den Tod des „Auftraggebers". Auch die Vorschrift des § 673 paßt nicht auf den Arztvertrag. Sonst müßte, wenn der Arzt stirbt, dessen Erbe sämtlichen Kranken unverzüglich das Ableben des Arztes mitteilen. Wie wollte der Erbe aber die Namen der Patienten erfahren? Wäre das nicht mit der ärztlichen Schweigepflicht unvereinbar? Wie sollte der Erbe, wenn mit dem Aufschub der Behandlung Gefahr verbunden wäre, die Krankenbehandlung selbst fortsetzen, wenn er kein Arzt ist? Der Arztvertrag fällt nach allem unmöglich unter die Normen des § 675. Er ist also lediglich als ein gewöhnlicher Dienstvertrag und in wenigen Ausnahmefällen als Werkvertrag anzusehen. (Zu allem Schmidt S. 20 ff.) Zu erwähnen sei noch, daß natürlich auch gemischte Verträge vorkommen, so insbesondere der Krankenhausvertrag, der sich aus Elementen des Dienstvertrags, der Miete, des Werkvertrags, Verwahrungsvertrags usw. zusammensetzt.

4. Abschnitt: Ansprüche des Arztes gegen andere als die Kontrahenten.

§ 15 Gegen den Vertreter.

In Anspruch nehmen kann der Arzt grundsätzlich nur seinen Vertragskontrahenten. Einen Dritten kann er nur ausnahmsweise haftbar machen.

So hat der Arzt manchmal lediglich Ansprüche gegen einen Dritten; manchmal aber stehen ihm die Ansprüche gegen den Dritten neben seinen Vertragsansprüchen zu.

Lediglich Ansprüche gegen einen Dritten hat der Arzt z. B. im Falle der Vertretung ohne Vertretungsmacht. Dann stehen, wenn der Vertretene den Abschluß des Vertrages nicht genehmigt hat, dem Arzt lediglich Ansprüche gegen den falsus procurator zu. § 179 BGB. Auch bei Gutgläubigkeit des Arztes können keine Ansprüche gegen den Vertretenen entstehen. Denn es gibt im BGB keinen guten Glauben an die Vertretungsmacht.

Lediglich Ansprüche gegen den Vertreter hat der Arzt auch dann, wenn dieser im eigenen Namen gehandelt hat, also im Falle der indirekten Stellvertretung. Letzterer Fall war der in Rom einzig mögliche.

§ 16 Gegen andere Dritte.

Es gibt aber auch Fälle, wo der Arzt sich sowohl an den Kontrahenten, wie an einen Dritten halten kann. Vor allen Dingen

ist dies der Fall, wenn der Dritte als Vertreter aufgetreten ist.

Eine Verpflichtung des Dritten bezw. Vertreters kann entstehen dadurch, daß er ebenfalls einen Vertrag mit dem gleichen Ziel abgeschlossen hat oder dadurch, daß er die Schuld des Kontrahenten übernommen hat; oder daß er sich für die Schuld des Hauptkontrahenten verbürgt hat.

Es ist nämlich insbesondere sehr wohl möglich, daß der Vertreter einen Vertrag sowohl im eigenen wie im fremden Namen abschließt. Ob dies vorliegt, muß die Erklärung des Vertreters ergeben oder deren Auslegung. Es bleibt dem Vertreter natürlich vorbehalten, wenn seine Erklärung nach Treu und Glauben, aber anders ausgelegt wird, als er gehandelt haben möchte, diese seine Erklärung nach Maßgabe der §§ 119 ff anzufechten.

Wenn der Vertreter oder Dritte die Schuld übernommen hat, dann ist darauf zu achten, ob er sie cumulativ oder privativ übernahm. Im ersteren Fall tritt er neben den Hauptkontrahenten als Gesamtschuldner und haftet gleich diesem auf die Bezahlung der Schuld. Wenn der Dritte dagegen die Schuld privativ übernahm, dann scheidet der Hauptkontrahent aus dem Schuldverband ganz aus und es haftet fürder nur noch der Dritte. Damit das letztere eintritt, ist aber Zustimmung des Arztes erforderlich.

Wenn der Dritte sich für die Zahlung durch den Hauptkontrahenten verbürgt hat, dann ist zu prüfen, ob auch die gesetzlich vorgeschriebene Form der Bürgschaftserklärung, nämlich Schriftlichkeit, gewahrt ist. Weiter ist zu prüfen, ob der Dritte sich selbstschuldnerisch verbürgte oder nicht. Da die cumulative Schuldübernahme und die selbstschuldnerische Bürgschaft dasselbe erreichen, nämlich die Möglichkeit, sich unmittelbar an den Dritten ohne weitere Erfordernisse zu halten; da die Worte der Erklärung des Dritten aber allein nicht ausschlaggebend sind, so ist bei der Auslegung zu prüfen, ob der Dritte an dem Vertrage ein eigenes Interesse hatte oder nicht. In ersterem Fall wird man das Vorliegen einer cumulativen Schuldübernahme und damit Formfreiheit annehmen müssen.

Es seien jetzt einige besonders praktische Fälle erörtert.

§ 17 Ansprüche bei Arztbestellung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt.

An wen kann sich der Arzt halten, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt den Arzt zu einem Kinde ruft? Handelt hier der Inhaber der elterlichen Gewalt im eigenen oder fremden Namen oder sowohl im eigenen wie im Namen des Kindes? Wer ist also der Kontrahent des Arztes? Zunächst ist bei einer solchen Bestellung auf deren Wortlaut zu achten. Wenn der Vater oder der

betreffende Inhaber der elterlichen Gewalt ausdrücklich im eigenen Namen oder im Namen des Kindes handelt, dann kann die Angelegenheit nicht zweifelhaft sein. Wenn er aber dies nicht getan hat, vielmehr lediglich ohne besondere Bemerkungen den Arzt gerufen hat, dann ist der wahre Sinn der Bestellung durch Auslegung zu ermitteln. Es braucht der Vertreter nämlich nicht ausdrücklich als solcher zu handeln; es genügt, wenn die Umstände ein Handeln im fremden Namen ergeben. (§ 164 Abs. 1 Satz 2.) Wenn nun der Wille des gesetzlichen Vertreters, im Namen des Kindes zu handeln, nicht erkennbar hervorgetreten ist, dann läßt das Gesetz trotz entgegenstehenden Willens den Vertrag als mit dem gesetzlichen Vertreter persönlich zustandegekommen gelten. (§ 164, 2.) Das Gesetz setzt hier also gegenüber § 119 eine Sondernorm. Für den Regelfall wird man deshalb annehmen müssen, daß dem Arzt ein Handeln des Vaters als Vertreter nicht erkennbar gemacht ist; daß also der Vertrag als mit dem Inhaber der elterlichen Gewalt abgeschlossen gilt. So sagt auch das Reichsgericht in RG 85, 183: „Es entspricht der Natur der Sache und der Verkehrssitte, daß der von den Eltern zur Behandlung eines kleinen, vermögenslosen Kindes zugezogene Arzt mit den Eltern den Vertrag schließt. Nur darauf ist, von ganz besonderen Umständen abgesehen, der immer ohne weiteres ersichtliche und nach dem sittlichen mit rechtlichem Inhalt des Elternverhältnisses notwendige Vertragswille beider Teile gerichtet. Insbesondere auch der Wille des Arztes, der die Verweisung seiner Honorarforderung an das Kind als eine befremdliche Verkennung der dem Vertrag zugrundeliegenden Lebensverhältnisse ansehen würde und ablehnen müßte. In dem zwischen dem Arzt und dem Vater abgeschlossenen Vertrag ist das Kind nur der Dritte, an dem sich die dem Vater geschuldete Vertragsleistung des Arztes vollziehen soll." Derselben Ansicht wie das Reichsgericht ist auch: Schliep S. 11; Ebermayer S. 72; Staudinger Vorbem. V, 1d vor § 611.

Wenn nun aber der Inhaber der elterlichen Gewalt vermögenslos, das Kind dagegen, wie bekannt, reich ist, dann ist die Sachlage eine ganz andere. In diesem Fall tritt nämlich die Bestimmung des § 164 Abs. 1 Satz 2 ein, weil hier die Umstände ergeben, daß die Arztbestellung im Namen des Kindes und nicht im eigenen Namen erfolgt. Die Umstände ergeben nämlich dann ein Handeln als Vertreter, wenn man aus den persönlichen Verhältnissen des Inhabers der elterlichen Gewalt ein Handeln im fremden Namen annehmen muß. Das Vorliegen einer Stellvertretung ergibt sich aber allein schon aus der Tatsache, daß das Kind im Gegensatz zu dem Inhaber der elterlichen Gewalt vermögend ist. Nach der Sachlage

kann hier nicht angenommen werden, daß etwas anderes gewollt ist. (Fischer-Henle § 164 Anm. 6.)

Zweifelhaft sind m. E. nur die Fälle, wo Vater und Kind gleich hoch oder niedrig vermögend sind. Wenn beide gut gestellt sind, dann möchte ich den Normalfall annehmen, daß also der Vater als im eigenen Namen handelnd anzusehen ist. Denn hier kann nicht davon die Rede sein, daß sich aus den persönlichen Verhältnissen, der Natur der Sache und der Verkehrssitte ein Handeln als Vertreter ergibt.

Wenn dagegen sowohl Vater wie Kind wenig vermögend sind, dann möchte ich cumulative Haftung annehmen; daß also der Vater als sowohl im eigenen wie im fremden Namen handelnd anzusehen ist. Der Vater will kundtun, daß wegen seiner eigenen Armut der Arzt sich, wenn möglich auch an den Erwerb des Kindes halten soll. Deshalb wird der Arzt bei späterem Erwerb des Kindes, etwa aus einer Erbschaft, sich an dessen neu erworbenes Vermögen halten können. Unpraktisch wäre es, hier zu verlangen, daß der Arzt sich die möglicherweise bestehenden Ansprüche des Vaters gegen das Kind auf Befreiung von der Verbindlichkeit dem Arzt gegenüber abtreten oder pfänden und überweisen läßt. Solche Ansprüche würden ja bestehen, wenn der Vater dem Kind gegenüber nicht unterhaltspflichtig ist.

Wenn schließlich der Inhaber der elterlichen Gewalt ausdrücklich im Namen des Kindes handelte, dieses aber im Gegensatz zu ihm arm ist und der Arzt dies nicht erkennen konnte, dann haftet der Vater aus § 826. Denn ein solches Handeln ist als vorsätzliche sittenwidrige Vermögensbeschädigung des Arztes anzusehen. Ein Handeln im Namen des Kindes kann hier nur so gewertet werden, daß es getätigt worden ist, um dem Arzt seine Honoraransprüche abzuschneiden.

Wenn nun der Inhaber der elterlichen Gewalt zwar ausdrücklich im Namen des Kindes kontrahierte, dieses aber bei Vertragsabschluß nicht unvermögend war, sondern erst später sein Vermögen verlor, also von einer sittenwidrigen Vermögensbeschädigung keine Rede sein kann, dann ist eine Haftung des Vaters aus cumulativer Schuldübernahme anzunehmen, wenn er dem Arzt, der späterhin ihm gegenüber Bedenken betr. seiner Bezahlung äußerte, erklärte, darüber solle er sich keine Sorge machen.

§ 18 Ansprüche bei Arztbestellung durch die Ehefrau.

Ein weiterer wichtiger Fall, wo es zweifelhaft ist, wer der Kontrahent des Arztes ist, ist auch der der Ehefrau, die einen Arzt bestellt. In Betracht kommen nur die Fälle, wo die Arztbestellungen als in den Rahmen der Schlüsselgewalt fallend zu

erachten sind. Wenn nun die Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt handelt, dann hat sie gesetzliche Vertretungsmacht, d. h. sie kann, braucht aber nicht im Namen des Mannes zu handeln. Ein Handeln im eigenen Namen ist ihr nicht verwehrt. Wann eine Arztbestellung in den Rahmen der Schlüsselgewalt fällt, wurde bereits oben gezeigt.

Wenn die Arztbestellung in den Rahmen der Schlüsselgewalt fällt, so fragt es sich, wann die Frau als im eigenen Namen und wann als im Namen ihres Mannes handelnd anzusehen ist. Für den Fall der Arztbestellung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt hatte ich gezeigt, daß die allgemeinen Bestimmungen der §§ 164 ff gelten, daß also der Vertreter, um als solcher zu gelten, entweder ausdrücklich im Namen des Vertretenen handeln muß oder daß die Umstände ein solches Handeln in fremden Namen ergeben müssen. Den umgekehrten Fall haben wir in § 1357. Hier wird ein Handeln der Frau im Namen des Mannes vermutet, wenn es sich um ein Schlüsselgewaltsgeschäft handelt. Denn es heißt im § 1357, daß die Rechtsgeschäfte, die die Frau innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises vornimmt, als im Namen des Mannes vorgenommen gelten, wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt.

Die Frau verpflichtet also ihren Mann beim Handeln im Rahmen der Schlüsselgewalt, ohne daß sie den Abschluß als Vertreterin ausdrücklich geltend machen muß. (Rahmel S. 22.)

Grundsätzlich kann sich der Arzt, wenn eine Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt ihn bestellt, also nur an den Ehemann halten. Denn nur er allein ist Vertragskontrahent. Seine Ehefrau ist lediglich Vertreterin und haftet als solche nicht.

Es sind aber auch Fälle, wo lediglich die Frau und Fälle, wo beide Ehegatten haften, denkbar.

Die Frau allein haftet, wenn dem Arzt überhaupt nicht zu erkennen gegeben ist, daß es sich bei der Patientin um eine verheiratete Frau handelt. (Joachim u. Korn S. 351.) Die Frau allein haftet weiter, wenn sich aus den Umständen ein Handeln im eigenen Namen ergibt oder wenn sie gar ausdrücklich im eigenen Namen handelt.

Aus den Umständen ergibt sich ein Handeln im eigenen Namen insbesondere dann, wenn, wie dem Arzt bekannt, der Ehemann von der Erkrankung und der ärztlichen Behandlung der Ehefrau nichts erfahren soll. Dann tritt die Ehefrau im eigenen Namen handelnd auf und der Arzt kann sich nur an die Ehefrau als Vertragskontrahentin halten.

Zweifelhaft wird die Frage, ob die Ehefrau im eigenen oder fremden Namen gehandelt hat, insbesondere dann, wenn der Ehe-

mann vermögenslos ist. Kann hier der Arzt, obwohl das Geschäft an sich im Rahmen der Schlüsselgewalt lag, sich an die Ehefrau zwecks Bezahlung halten? Eine Bestimmung wie die des § 207 Ziff. 5 des Schweizer Ziv. Ges. B. vom 10. 12. 1907 fehlt uns, wo es heißt, daß für die Schulden, welche von der Frau oder dem Mann für den gemeinsamen Haushalt eingegangen werden, die Frau haftet, soweit der Mann nicht zahlungsfähig ist. Wir müssen deshalb andere Haftungsgrundlagen suchen, um bei Zahlungsunfähigkeit des Ehemanns einen Anspruch gegen die Ehefrau zu begründen.

Hier ist zu unterscheiden, ob die Vermögenslosigkeit des Ehemanns dem Arzt bekannt war oder nicht. Kannte der Arzt die Vermögenslosigkeit des Ehemanns, dann liegt überhaupt kein Handeln der Ehefrau als Vertreterin ihres Mannes vor. Denn hier ergibt sich aus den Umständen ein Handeln im eigenen Namen.

(Schliep S. 38; Kahn JW 1911, 484, JW 1909, 489; a. A. OLG. 18, 254.)

Wollte die Frau ihren Mann verpflichten, dann müßte sie, anders als regelmäßig, in diesem Fall ausdrücklich im Namen ihres Mannes handeln. Ob die Frau auch tatsächlich sich selbst dem Arzt gegenüber verpflichten wollte, ist belanglos. Denn dies wäre ein nicht zum Ausdruck gekommener innerer Wille, der als geheimer Vorbehalt unbeachtlich ist. „Jeder muß es sich gefallen lassen, daß sein Verhalten so ausgelegt wird, wie es nach Treu und Glauben zu deuten ist."

(Rahmel S. 43; Lehmann Fam. R. S. 65.)

Auch, wenn dem Arzt die Vermögenslosigkeit des Ehemanns unbekannt war, ist eine Haftbarkeit der Ehefrau begründet. Zwar haftet sie hier nicht aus Vertrag. Nach welchen Bestimmungen sie haftet, ist aber sehr umstritten. Nach einer Ansicht haftet die Ehefrau dem Arzt aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Ehefrau sei, so wird gesagt, wenn der Ehemann vermögenslos ist, dem Manne wie den Kindern unterhaltspflichtig. Sie sei also, wenn sie den Arzt nicht bezahlt, ungerechtfertigt bereichert.

(So Landgericht II, Berlin, abgedruckt bei Friedländer DJZ 1910, 760.)

Eine zweite Ansicht begründet eine Haftung der Ehefrau aus Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Arzt habe, so sagt man, für die vermögende und daher unterhaltspflichtige Frau gehandelt. Hierbei sei es gleichgültig, daß er glaubte, für den Ehemann zu handeln. (So Wasser DJZ 1910, 405.)

Eine dritte Ansicht begründet eine Haftung der Ehefrau aus § 826. Die Frau begehe eine vorsätzliche sittenwidrige Vermögensbeschädigung des Arztes, wenn sie nicht ausdrücklich im eigenen Namen handele, sondern gemäß § 1357 im Namen ihres Ehemannes. Denn die Frau handele mit dem Bewußtsein, daß der Arzt vom

Ehemann sein Honorar nicht erhalten könne. Eine solche Sittenwidrigkeit liege gleichermaßen vor, wenn die Ehefrau den Arzt zur eigenen Behandlung oder zur Behandlung ihres Mannes oder ihrer Kinder rufe.

(Landgericht III, Berlin Bl. f. Rechtspfl. 1909 S. 88; Josef Bl. f. Rechtsanw. 1911, 13; Ullmann JW 1905, 520; Baer S. 30.)

Die Rechtsprechung stellt letzthin sogar den Grundsatz auf, daß ganz allgemein der vermögende Vertreter für den vermögenslosen Vertretenen haftet.

(Baer S. 31; JW 1926, 2597; JW 1928, 1610.)

Die letzte und m. E. richtige Ansicht sagt folgendes: Die Ehefrau handelt, wenn der Ehemann unvermögend ist, gar nicht im Rahmen des § 1357. Denn der Ehemann ist wegen seiner Vermögenslosigkeit auch gar nicht unterhaltspflichtig. Es ist eine Arztbestellung auch gar nicht sein „Geschäft". Zwar liegt die Arztbestellung weiterhin im Rahmen des häuslichen Wirkungskreises. Da diese aber jetzt kein Geschäft des Mannes ist, hat sie folglich auch jetzt keine gesetzliche Vertretungsmacht. Zwar bleibt die Vermutung des § 1357 Satz 2 bestehen, wonach die Rechtsgeschäfte des häuslichen Wirkungskreises als im Namen des Mannes abgeschlossen gelten. Die Ehefrau haftet also als Vertreterin ohne Vertretungsmacht gemäß § 179 und zwar, da sie die Vermögenslosigkeit des Mannes kannte, auf das positive Interesse. Nur in dem unwahrscheinlichen Fall, daß die Ehefrau die Vermögenslosigkeit ihres Mannes nicht kannte, haftet sie lediglich auf das negative Interesse.

(Zu letzterer Ansicht Rahmel S. 44.)

Eine Haftung beider Ehegatten ist aber auch denkbar. Dies dann, wenn die Ehefrau zwar im Rahmen der Schlüsselgewalt handelte und somit ihren Mann verpflichtete; wenn sie aber entweder auch noch im eigenen Namen handelte oder aber späterhin dem Arzt gegenüber, sei es auch durch concludente Handlungen, die Schuld ihres Mannes übernommen hat. Bezüglich dieser Fälle wird auf die allgemeinen Erörterungen vor diesem Abschnitt verwiesen.

Wir hatten so gesehen, zwischen wem der Arztvertrag entstehen kann. Er entsteht, wie wir sahen, entweder zwischen Arzt und Krankem oder zwischen Arzt und Dritten. Manchmal entsteht er auch sowohl mit einem Kranken als auch mit einem Dritten. Der Kontrakt entsteht durch das Handeln der Kontrahenten persönlich, durch Boten oder Stellvertreter. Der Stellvertreter kann rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Vertretungsmacht haben. Wenn jemand gesetzliche Vertretungsmacht hat, ist

aber immer noch zu prüfen, ob er auch als gesetzlicher Vertreter oder ob er im eigenen Namen aufgetreten ist. In fast allen Fällen des Arztvertrages handelt es sich, wie wir ebenfalls sahen, um einen Dienstvertrag. Nur manchmal liegt ein Werkvertrag vor und manchmal ein gemischter Vertrag, indem aber dann auch die Dienst- bezw. Werkvertragselemente enthalten sind.

5. Abschnitt: Das Honorar.

§ 19 Möglichkeit der Geltendmachung des Honoraranspruchs bei Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug.

Auf Grund dieses Vertrages kann der Arzt nun Anspruch auf Vergütung erheben. Einen Anspruch auf Entgegennahme seiner Dienste hat der Arzt dagegen nicht.

(RG JW 1903, Beil. 34; 11, 39; Gruch. 47, 401; 55, 1057.)

Anders ist es beim Dienstvertrag z. B. eines Schauspielers, der nicht nur Bezahlung, sondern auch Beschäftigung verlangen kann. Kein Anspruch auf Honorar besteht, wenn das Rechtsgeschäft etwa wegen ursprünglicher objektiver Unmöglichkeit nichtig war; insbesondere aber wenn es gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstößt, wie beim Vertrag auf Abtreibung der Leibesfrucht.

Der Anspruch auf die Vergütung entsteht grundsätzlich erst postnumerando (§ 614.), also erst nach Bewirkung der ärztlichen Leistungen. Wenn der Kranke nun mit der Annahme der ärztlichen Dienste in Verzug kommt, z. B. wenn der Kranke nicht zu der fest bestimmten Zeit in die Sprechstunde des Arztes kommt, dann behält der Arzt trotzdem seinen Anspruch auf das Honorar, ohne daß er zur Nachleistung verpflichtet ist. (§ 615.) Er muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Der Anspruch auf Vergütung bleibt also dem Arzt im Falle des Annahmeverzugs des Kranken. Hierbei kommt es auf ein Verschulden des Kranken nicht an. Ein Vergütungsanspruch bleibt erst recht bestehen im Falle der von der Gegenseite verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung. (§ 324.) Der Vergütungsanspruch kommt aber in Fortfall bei von keiner Seite verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung. Deshalb ist es besonders wichtig zu prüfen, wann Unmöglichkeit der Leistung und wann Annahmeverzug vorliegt.

Gemäß § 323 verliert der Arzt den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn ihm die ihm obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder er noch der andere Teil zu vertreten

hat. Ein Verlust des Anspruchs auf das Honorar tritt nicht nur ein, wenn die ärztliche Leistung objektiv, sondern auch, wenn sie lediglich subjektiv unmöglich wird. (§ 275, 2.)

Verlust des Honoraranspruchs tritt also ein, wenn unverschuldet die Leistung unmöglich wird; der Honoraranspruch bleibt dagegen bestehen, wenn unverschuldet der Kontrahent in Annahmeverzug kommt. In beiden Fällen liegt kein Verschulden vor. Wann handelt es sich also um Unmöglichkeit der Leistung und wann um Annahmeverzug?

Dies zu beantworten, ist äußerst schwierig und bestritten. Es stehen sich da im wesentlichen drei Ansichten gegenüber. Nach der einen Ansicht liegt grundsätzlich Annahmeverzug vor, nach der anderen grundsätzlich Unmöglichkeit; nach der dritten ist zu suchen, in wessen Sphäre das Nichtleisten liegt.

Im gemeinen Recht unterschied man noch nicht in dieser Weise. Der Verpflichtete behielt grundsätzlich seinen Vergütungsanspruch, wenn der Berechtigte ohne Schuld des Pflichtigen die Dienste nicht annehmen wollte oder konnte. (cum per eum non stetit, quominus operas praestet: II 19 § 9; 10, 38 pr. dig. 19, 2.)

Dagegen gab das allgemeine Landrecht dem Verpflichteten nur einen Lohnanspruch im Falle des Annahmeverzugs des Berechtigten, nicht dagegen bei Unmöglichkeit der Leistung. (I, 11 § 878; I, 5 §§ 1408—1409.)

Die Wissenschaftler, die auf dem Standpunkt stehen, daß grundsätzlich Annahmeverzug vorliegt, begründen dies damit, daß der Dienstverpflichtete lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen müsse und, wenn er dies könne, folgerichtig Annahmeverzug vorliegen müsse. Von Unmöglichkeit der Leistung könne also keine Rede sein.

Die Wissenschaftler, die grundsätzlich eine Unmöglichkeit der Leistung für vorliegend erachten, behaupten, es könne der Dienstverpflichtete nicht leisten, da er nicht zur einfachen Zurverfügungstellung seiner Arbeit verpflichtet sei, sondern zu ihrer vollen Bewirkung.

Die neuerdings vom Reichsgericht (RG 106, 272 ff) gebilligte Meinung glaubt, daß auf die Sphäre, innerhalb der die Nichtleistung begründet ist, zu achten sei. Wenn die Nichtleistung auf Arbeitgeberseite begründet sei, dann liege Annahmeverzug; im anderen Falle Unmöglichkeit vor.

M. E. ist der zweiten Ansicht der Vorzug zu geben, wenigstens beim Arztvertrag. Hier ist der Arzt nicht dazu engagiert, lediglich seine Dienste zur Verfügung zu stellen, während das weitere der Dienstberechtigte tun will; vielmehr soll der Arzt seine Dienste in bestimmter Form leisten; er soll diese zur völligen Perfektion brin-

gen. Inhalt der Pflicht des Arztes ist eine Hinwirkung auf den Erfolg, nämlich die Heilung des Patienten, die nicht nur eine nebensächliche Verpflichtung, sondern Hauptverpflichtung des Vertrages ist. (Leonhard Bes. Sch. R. S. 208.)

Es genügt nicht, daß der Arzt zur Leistung bereit ist; er muß die Arbeitsleistung zur Perfektion zu bringen in der Lage sein. (Nipperdey bei Staudinger § 615.)

Wenn also der Patient stirbt, dann kann der Arzt eine Vergütung nicht oder nur soweit verlangen, wie er bereits tätig geworden ist (§ 323, 2 in Verbindung mit § 472), da kein Annahmeverzug des Kontrahenten, sondern von keiner Seite zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Wenn also der Arzt zu einem Kranken gerufen wird, dieser aber, bevor der Arzt eintrifft, stirbt, dann kann er lediglich die Vergütung für die Reise zu dem Kranken und den Zeitverlust verlangen. (Israel S. 62.) Wenn der Kranke später stirbt, dann kann der Arzt Honorar für die bis zum Tode des Kranken geleisteten Dienste verlangen. Hier zeigt sich auch der wichtige Unterschied zum Werkvertrag. Bei Annahme des Vorliegens eines Werkvertrages könnte der Arzt bei Tod des Patienten keinerlei Vergütung erlangen.

Wenn der Kranke bereits vor der Arztbestellung gestorben ist, etwa in der Zeit, wo der Besteller zum Arzt lief, dann ist der Vertrag als auf eine ursprünglich objektiv unmögliche Leistung gerichtet, vollkommen nichtig. Die Unkosten, die dem Arzt durch eine Fahrt zu dem inzwischen Verstorbenen entstanden sind, kann der Arzt aber auch in diesem Fall von dem Besteller ersetzt verlangen, da eine stillschweigende Verpflichtung des Bestellers anzunehmen ist, in jedem Fall diese Kosten zu ersetzen.

Weiter ist der Fall interessant, wo der Arztvertrag nicht zwischen dem Arzt und dem Kranken, sondern zwischen dem Arzt und einem Dritten besteht; wo der Kranke dann aber die Leistung entgegenzunehmen sich weigert, etwa, weil er nicht auf Kosten des Dritten von dem Arzt behandelt sein will, da das Deckungsverhältnis eine Schenkung ist. Kann nun der Arzt Anspruch auf Vergütung erheben?

Hier wäre zunächst daran zu denken, daß der Vertrag, wenn die Parteien glaubten, der Kranke werde die Dienste entgegennehmen, wegen Mangels der Geschäftsgrundlage nichtig ist und der Arzt schon deshalb keine Vergütung beanspruchen kann. Wenn man sich auch dieser Ansicht nicht anschließen kann, dann wäre der Vertrag doch deshalb nichtig, weil er aufschiebend oder auflösend bedingt davon ist, daß der Kranke die Dienstleistungen des Arztes entgegennimmt.

§ 20 Rechtsnatur des Honorars.

Wir hatten bis jetzt gesehen, wann und zwischen wem ein Arztvertrag zustandekommt, weiter wann das Honorar verlangt werden kann und wann nicht. Es soll nun weiter die Rechtsnatur des Honorars untersucht werden.

Das Honorar ist nicht gleich zu setzen mit Vergütung. Obwohl der Arztvertrag unter die Dienstvertragsregeln fällt, kann man nicht sagen, daß der Arzt eine seinen Leistungen gleichwertige Bezahlung bekommt. Denn wie wollte man dann zum Beispiel die Lebensrettung durch den Arzt bezahlen? Früher war, wie bereits gezeigt, der Arzt vollständig ohne Entgelt tätig; er fand es unter seiner Würde, irgend etwas für seine Tätigkeit anzunehmen, wie überhaupt alle höheren Berufe im ältesten Rom kostenlos ausgeübt wurden. Erst als diejenigen freien Römer, die diese Berufe ausübten, später weniger vermögend bezw. unvermögend waren, verstanden sie sich dazu eine Aufmerksamkeit, ein Ehrengeschenk (Israel S. 1), das oft in Geld bestand, entgegenzunehmen. So heißt auch die Übersetzung des lateinischen Wortes honorarium: Ehrengeschenk. Es gehört zur Wortklasse: honor, honestus, honorarius = ehrenhalber geschehen. (Siehe dazu Georges Lat. deutsch. Handw. Buch, Leipzig 1848, Bd. 1, S. 1842.) Später kam es sogar soweit, daß sie einen Anspruch auf eine solche finanzielle Anerkennung erhoben und diese im Wege der extra-ordinaria cognitio einklagten. (Israel S. 1.) Niemals aber ist es soweit gekommen, daß die Ärzte eine ihrer Tätigkeit gleichwertige Vergütung verlangten. Ähnlich heißt es: iuris civilis sapientia est res sanctissima quae pretio nummario non sit aestimanda nec deshonestanda. (lex 1 § 5 dig. 50, 13.) Vielmehr wünschten sie immer nur ein salarium, honorarium, d. h. einen Zuschuß zum Lebensunterhalt. Der Zuschuß sollte dazu dienen, ihnen standesgemäßes Leben und damit weiterhin Ausübung ihres Berufes zu ermöglichen. So ist es auch noch heute. (Loewenfeld, Gutachten des Anwaltsstandes 2. Heft S. 898 ff.) Der Arzt bekommt eben keine Bezahlung seiner Tätigkeit, sondern nur einen Zuschuß zum Lebensunterhalt, der sich nach den Standesverhältnissen des Patienten bezw. Kontrahenten richtet. (Leonhard Bes. Sch. R. 198 ff.) So sagt Windscheid: Pand. II, 320: „Honorar ist etwas anderes als Lohn; es bezeichnet nicht Geldgewinn, es wird gewährt als Bezeichnung der Dankbarkeit, als Aufmerksamkeit für geleistete Dienste." Das zeigt sich auch an den noch heute gebräuchlichen Ausdrücken: Liquidation statt Rechnung und Honorar statt Lohn. (Israel S. 2.)

§ 21 Höhe des Honorars.

Die Höhe des Honorars richtet sich grundsätzlich nach der Vereinbarung. Daß eine solche vorliegt, muß der Kläger beweisen.

(Leonhard Beweislast S. 372.) Hierbei ist aber zu beachten, daß dieser Vereinbarung Grenzen gesetzt sind bezüglich der oberen und unteren Grenze des Honorars. Der Arzt darf nicht Wucher betreiben, indem er die derzeitige Notlage des Patienten ausnutzt, um eine Vergütung zu erreichen, die den Wert der eigenen Leistung dergestalt übersteigt, daß diese in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung steht. (§ 138, 2.)

(RG DJZ 1918, 257)

Auch in Rom bedurfte es bereits eines Schutzes vor ärztlichem Wucher: lex 9 Cod. X, 33: quos (archiatros) ea petimur accipere, quae sani offerunt pro obsequiis, non ea, quae periclitantes pro salute promittunt. Auch der Patient darf umgekehrt nicht die wirtschaftliche Notlage des Arztes zum Zwecke der Honorarermäßigung mißbrauchen. In beiden Fällen ist die gehabte Vereinbarung nichtig; nicht jedoch der ganze Vertrag. (§ 139.) Da somit dann ein vereinbarungsloser Arztvertrag besteht, gilt jetzt dasselbe, wie bei den Verträgen, bei denen überhaupt keine Vereinbarung getroffen wurde. Es gilt die taxmäßige Vergütung als vereinbart. (§ 612, 2.) Die Höhe des Honorars richtet sich also nach der Ärztetaxe. In Preußen ist dies die Gebührenordnung für approbierte Ärzte und Zahnärzte vom 1. 9. 1924, geändert durch Bek. vom 31. 5. 1927. Innerhalb dieser Taxe sind bewegliche Gebührensätze, d. h. es sind Mindest- und Höchstbeträge für gewisse ärztliche Handlungen festgesetzt. Innerhalb dieser Grenzen steht die Bestimmung des Honorars dem Arzt zu (§ 316), der sie nach billigem Ermessen zu treffen hat. (§ 315.)

Manchmal wird man aber sagen müssen, daß die Gebührenordnung stillschweigend ausgeschlossen und ein Sonderhonorar stillschweigend vereinbart worden ist. Dies vor allem bei besonders vermögenden Patienten oder bei Behandlung durch berühmte Ärzte, durch Kapazitäten von Weltruf. (So KG v. 12. 9. 1919 cit. bei Ebermayer S. 77.) Der Kranke, der die Hilfe einer Autorität in Anspruch nimmt, unterwirft sich damit stillschweigend einer höheren Honorarforderung.

(Rahmel S. 7; Mayer S. 27; KG JW 1919, 195; KG JW 1920, 443; a. A. Schmidt S. 32; a. A. auch Teufel S. 33 Anm. 3 aber stark einschränkend; Hegener S. 43; Neddermann S. 55 ff.; Joachim u. Korn S. 384.)

Dies gilt jedoch nur für die Behandlung durch eine berühmte Autorität, nicht aber bei Behandlung durch Spezialärzte.

(Ebermayer S. 78; Pies S. 56 ff.; Camphausen S. 27; Müller S. 64; Schmidt S. 31; Goldmann DJZ 1907, 536; Lubowski Recht 1907, 828; a. A. Meyer S. 26 ff.; Delius DJZ 1907, 287 ff.)

Für die Spezialärzte gilt grundsätzlich die Preugo (Pr. Geb. Ord.), die ja durch ihren weiten Rahmen auch deren Ansprüchen gerecht wird. Auch sind in der Preugo eine Reihe ärztlicher Handlungen auf-

gezählt, die nur von Spezialärzten durchgeführt werden können. Wenn wir anderer Ansicht als oben wären, würden ja diese Bestimmungen illusorisch sein!

II. Hauptteil: Ansprüche des Arztes aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 22 Aufzählung hauptsächlich in Betracht kommender Fälle.

Wir hatten bis jetzt gesehen, wie der Arzt Honoraransprüche stellen kann, weil er in vertraglichen Beziehungen zu jemandem steht. Im folgenden soll nun gezeigt werden, daß auch mangels Bestehens eines Kontrakts dem Arzt Honoraransprüche zustehen können. Denn der Arzt muß auch dann einen Honoraranspruch erheben können, wenn er einen bewußtlosen Verunglückten oder einen Geschäftsunfähigen oder einen beschränkt Geschäftsfähigen in Eilfällen ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters behandelt.

Vor allem kommt hier der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht. Übrigens ist für die Geschäftsführung ohne Auftrag an sich nicht erforderlich, daß Gefahr im Verzuge ist.

1. Abschnitt: Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Das Gesetz definiert in § 677 den Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag. Es sagt, diese liege vor, wenn jemand ein Geschäft für einen anderen besorge, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein.

§ 23 „Geschäft".

Als erstes ist also nötig, daß der Arzt ein „Geschäft" geführt hat. Was darunter zu verstehen ist, ist außerordentlich umstritten; einig ist man sich nur, daß bestimmt Rechtsgeschäfte unter den Begriff des Geschäfts fallen. Es wird so auch die Ansicht vertreten, daß nur Rechtsgeschäfte als „Geschäft" im Sinne des § 677 anzusehen seien. (So Staub Anm. 2 zu § 362 HGB.) Aber die durchweg herrschende Lehre nimmt an, daß darunter mehr fällt. Denn wenn das Gesetz nur Rechtsgeschäfte unter den Begriff des Geschäfts fallen lassen wollte, dann ist nicht zu verstehen, warum der Gesetzgeber nicht auch den Ausdruck „Rechtsgeschäft" gebrauchte. Es muß also der Begriff „Geschäft" ein weiterer sein.

(Lotmar I, 277; Lent S. 79.)

Denn das Gesetz hat es sonst geflissenlich vermieden, Rechtsgeschäft mit Geschäft zu identifizieren. Dies zeigte z. B. § 1357. Danach ist die Frau berechtigt, „Geschäfte" des Mannes zu besorgen. Dann steht als Unterfall, daß „Rechtsgeschäfte" der Frau als im Namen des Mannes abgeschlossen gelten.

Daß nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch tatsächliche Handlungen unter den Geschäftsbesorgungsbegriff fallen, geht aus folgendem klar hervor. (Motive II, 855.) In § 682 ist von einem geschäftsunfähigen Geschäftsführer die Rede. Rechtsgeschäfte können aber Geschäftsunfähige nicht abschließen. (OLG 12, 273.) Weiter ist in § 680 von Geschäftsführung bei dringender Gefahr die Rede. Eine dringende Gefahr wird aber meist nicht durch Abschluß von Rechtsgeschäften, sondern durch Tathandlungen abgewendet. Dann steht in § 685, 2, daß eine Geschäftsführung auch in Unterhaltsgewährung bestehen kann. Meist wird der Unterhalt aber nicht durch Rechtsgeschäfte, sondern durch tatsächliche Handlungen gewährt. (Lent S. 79 ff.)

Schließlich ist noch § 89 ZPO heranzuziehen. Hier ist zweifellos unter dem Handeln als Geschäftsführer ohne Auftrag nicht bloß die Vornahme von Rechtsgeschäften, sondern z. B. auch Prozeßhandlungen zu verstehen.

Es dürfte damit bewiesen sein, daß unter den Begriff „Geschäft" auch die Vornahme von Tathandlungen fällt.

(Siméon-David S. 443; Lent S. 80; Josef Gruch. 50, 38 ff.; Zitelmann Ziv. A. 99, 104.)

Welche Tathandlungen werden nun unter den Geschäftsbegriff subsumiert?

Zunächst fallen nicht unter § 677 solche Tathandlungen, die höchst persönlichen Charakters sind. Man kann deshalb nicht einen anderen zum Erfinder machen, wohl kann man natürlich das Erfinderrecht als Immaterialgüterrecht auf einen anderen übertragen. Das Persönlichkeitsrecht selbst ist aber unübertragbar. Man kann weiter nicht für einen anderen essen, trinken, schlafen; man kann keine Ehe für einen anderen schließen; kein Testament für einen anderen errichten usw.

Zu eng wäre die Ansicht, daß nur solche Tathandlungen als Geschäftsbesorgung anzusehen sind, die der Geschäftsherr auch selbst besorgen könnte. Diese Ansicht wird ja auch nur ganz vereinzelt vertreten.

(Wittkowski JW 1902, 87 ff. Hamm DJZ 1907, 449; Kohler II, 107; Isay S. 46; Behr Ger. S. 1903, 419; Lotmar I, 279.)

In diesem Fall wäre die ärztliche Tätigkeit nur dann Geschäftsbesorgung, wenn der Kranke auch selbst die Behandlung vollführen könnte. Der Kranke müßte also zunächst selbst ein Arzt sein und

außerdem müßten diejenigen Verletzungen, die er hat, so gelegen sein, daß er sie mit seinen Händen zwecks Heilung behandeln kann. Also man bedenke, eine Knieverletzung eines Arztes ist, von einem anderen besorgt, als Geschäftsbesorgung anzusehen; eine auf dem Rücken befindliche Wunde zu behandeln, ist dagegen keine Geschäftsbesorgung! Daß das Gesetz so etwas wollte, ist doch rein undenkbar.

Deshalb ist mit Brückmann zu sagen, daß dann der Kreis der unter §§ 677 ff fallenden Geschäfte so eng sei, daß sich eine gesetzliche Regelung der auftraglosen Geschäftsführung kaum verlohnt hätte.

(Brückmann JW 1902, 116; ebenso Rahmel S. 24; Rossen S. 7; Oertmann Vorbem. 2 vor § 677; Zitelmann, Haftung S. 16 ff.; OLG 61, 54.)

Oft wird es gerade für den Geschäftsherrn von großem Werte sein, daß ein anderer Arbeit verichtet, deren Ausführung ihm unmöglich ist. (Rossen S. 7.)

Um überhaupt zu wissen, was alles unter den Geschäftsbesorgungsbegriff des § 677 fällt, muß man sich vergegenwärtigen, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht nur dem Auftragsvertrag gegenüber zu stellen ist,

(auch das ist bestritten Dnistrjanskyj S. 48 ff.; Brückmann JW 1902, 116)

sondern allen Verträgen, die auf irgend eine Tätigkeit gehen, also auch den Dienst- und Werkverträgen. (Trappenberg-Scheurel S. 6.) Man kann also sagen, daß alles, was auf Grund des Vertrages für den Geschäftsherrn geleistet werden kann, auch unter den Geschäftsführungsbegriff fällt. Dies ergibt sich auch aus § 1909, wo das Gesetz „Geschäft" mit „Angelegenheit" gleichstellt. Der Gesetzgeber wollte eben dazu anregen, daß man evtl. auch ohne Zugrundeliegen eines Vertrages für einen andern tätig würde. Die Geschäftsführung ohne Auftrag sollte die ethische Menschenhilfe im Privatrecht sein, wie Kohler bereits sagte. (Dogm. Jahrb. Bd. 25, 1 ff.) Deshalb fallen m. E. nicht nur rein wirtschaftliche Tätigkeiten unter die Geschäftsbesorgung, sondern alle Tathandlungen, für die z. B. einer der Arbeitsverträge möglich ist, d. h. also alle Tätigkeiten, die dem Geschäftsherrn eine Fürsorge für seine Interessen abnehmen; die Erhaltung oder Schaffung von Rechten oder Rechtsgütern (Gesundheit, Freiheit, Leben usw.) bezwecken.

(Leonhard Bes. Sch. R. S. 421; Richter S. 23.)

Der Geschäftsführer ist eben der Helfer des Geschäftsherrn. Somit ist die ärztliche Tätigkeit als „Geschäft" im Sinne des § 677 anzusehen und zwar in jedem Fall, sowohl wenn der Kranke der Geschäftsherr ist, als auch, wenn ein Dritter dies ist. (Seuff. A.

61, 54.) Der Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag steht auch nicht entgegen, daß das „Geschäft" an dem Geschäftsherrn vollführt wird. Es ist nämlich nicht nötig, daß es sich um ein vom Geschäftsherrn gelöstes, ein reales Geschäft handelt.

§ 24 „Für einen anderen".

Ein zweites Erfordernis der Geschäftsführung ohne Auftrag ist, daß das Geschäft „für einen anderen" geführt wird. Was das bedeutet, ist wiederum außerordentlich umstritten.

Im ersten Entwurf zum BGB hieß es nicht „Geschäft für einen anderen", sondern „Geschäft eines anderen". Manche wollen in der Änderung nur eine Änderung des Ausdrucks sehen. Aber in Wirklichkeit ist jetzt der Ton auf die subjektive Seite, nämlich den Willen des Geschäftsführers gelegt, während vorher das objektive Moment ausschlaggebend war.

Es entscheidet der Wille des Geschäftsführers, ob das von ihm vorgenommene Geschäft eine Geschäftsbesorgung für einen anderen ist, wobei ganz gleichgültig ist, ob die Geschäftsführung dem Geschäftsherrn nützen soll oder nicht. Man kann auch auftraglos ein Geschäft führen, wenn man die Handlung ganz überwiegend im eigenen Interesse ausführt. So kann der Vater Geschäftsführer des Verletzers seines Kindes sein, wenn er auch selbst aus eigenstem Interesse (Elternliebe) das Kind ärztlich behandeln läßt. (Leonhard Bes. Sch. R. S. 425.)

(Lent S. 31 ff.; S. 50. Aber einschränkend S. 59 ff. Nach seiner Ansicht dazu noch „Fremdwirkung" nötig.)

Wenn ich auch sage, der Wille des gestors entscheide, so geht das doch nicht so weit, daß Geschäfte, die nur Geschäfte des Geschäftsführers sein können, durch dessen Willen zu fremden werden könnten.

Es ist aber nicht allgemein eine direkte Absicht, ein Geschäft für einen anderen zu führen, erforderlich. Vielmehr muß man unterscheiden. Wenn das Geschäft nach der Verkehrsanschauung infolge seines Inhalts oder seines Gegenstandes von einem dem Handelnden fremden Interesse beherrscht wird, wenn es sich also um ein sachlich fremdes Geschäft handelt (Leonhard Bes. Sch. R. S. 424), dann wird man das bloße Bewußtsein des Geschäftsführers genügen lassen, ein fremdes Geschäft zu führen.

(Leonhard Bes. Sch. R. S. 429; Kr. V. Jahr. Schr. 44, 417; Oertmann 3c vor 677; Nolte S. 31.)

Man darf nur nicht glauben, das Geschäft sei ein eigenes, oder absichtlich ein fremdes Geschäft als eigenes führen.

Nur bei den subjektiv fremden Geschäften, d. h. bei solchen, die an sich neutral sind und lediglich durch den Willen des Geschäfts-

führers zu fremden werden können, bei den fremdgewollten Geschäften (Leonhard Bes. Sch. R. S. 424), die also gerade so gut ein eigenes sein könnten, wird man eine direkte nach außen sichtbare Absicht der Führung fremder Geschäfte fordern müssen.

Man wird bei den objektiv fremden Geschäften sogar soweit gehen können, daß man prima facie den Willen oder das Bewußtsein des animus negotii alieni gerendi annimmt.

Die Vornahme einer ärztlichen Behandlung ist nun ein sachlich fremdes Geschäft. Denn sie kennzeichnet sich schon rein äußerlich als fremdes; sie ist ein „negotium re ipsa alienum".

(Dies auch trotz eines „Auftrags" eines Dritten. Denn dann ist der Arzt nur zum Tätigwerden, nicht aber zur Vornahme des Geschäfts als solchem verpflichtet. Oertmann Anm. 5d vor 677.)

Demgemäß wird man auch nur das Bewußtsein des Arztes, daß er ein Geschäft für einen andern führe, fordern müssen.

(Pringsheim S. 116; Staudinger § 677, Anm. 2b.)

Hat der Arzt nun dieses Bewußtsein? Das Bewußtsein ist nicht allein daraus zu entnehmen, daß das Geschäft in die Rechtssphäre eines anderen eingreift. Aber bei einem Arzt ist anzunehmen und zu behaupten, daß, wenn er jemand anders behandelt, er das Bewußtsein hat, für einen anderen tätig zu werden. Es ist noch nicht einmal erforderlich, daß der Arzt weiß, wer denn eigentlich der Geschäftsherr ist. Es genügt, daß er für irgend einen anderen, der sich eben später als der Geschäftsherr herausstellen wird, handeln wollte. Einen solchen Willen hat der Arzt aber immer. Man kann ihn mit Brückmann den Blankettwillen zu handeln für den, den es angeht, nennen.

(Brückmann S. 58; Holz JW 1914, 1125; Pringsheim S. 117: Josef KGBl. 1915, 56; Planck 677 Anm. 2b; OLG 12, 274; Recht 1909, Nr. 661; Josef Seuff. Bl. 76, 15; Motive § 750; a. A. Asch DJZ 1910, 760; KG 24. XI. 1910 zit. bei Ebermayer S. 179, denn nur der Wille, für den Vertragskontrahenten zu handeln, liege vor.)

Der Arzt brauchte also gar nicht vorzuhaben, ein Geschäft eines bestimmten zu führen; es genügt vielmehr, wenn er das Geschäft besorgen wollte, ohne gerade nur das Geschäft desjenigen zu führen, von dem er beauftragt war.

(Josef Seuff. Bl. 75, 20: Die Geschäftsführung sei nur dann möglich, wenn der Arzt den Geschäftsführungswillen erklärt habe.)

Dieser Blankettwille ist implicite in der Handlungsweise des Arztes enthalten. Er entspricht den regelmäßigen Lebensumständen. (Brückmann JW 1906, 78.) Da der Arzt verständlicherweise seine Position so günstig wie nur eben möglich auszugestalten suchen wird, wird man dieses Bewußtsein generell bei ihm annehmen müssen. Überhaupt darf man mit der Anwendung der §§ 677 ff nicht zu eng-

herzig verfahren. Denn das Gesetzbuch ist sozial gesinnt. So ist auch die Rechtslage eines Gläubigers, der mehr aus sittlichen und ethischen als materiellen Gründen gehandelt hat, so günstig wie nur möglich zu gestalten und den böswilligen Schuldnern beizukommen, muß auf allen nur möglichen Wegen versucht werden.

Wenn man sich nun fragt, wer der Geschäftsherr ist, so muß man sagen, daß es derjenige ist, für und gegen den die Krankenbehandlung wirkt. Wenn z. B. ein des Weges Kommender einen Bewußtlosen auf der Straße findet und schnell den Arzt ruft, so ist auftragloser Geschäftsherr der Kranke selbst, weil dem herbeirufenden Dritten jegliches rechtliche Interesse an der Behandlung fehlt. Ausnahmen liegen natürlich vor, wenn der Herbeirufende etwa der Verletzer des Kranken ist. (Richter S. 5.)

§ 25 „Ohne Auftrag noch sonstige Berechtigung".

Bisher war gezeigt, daß bei der Geschäftsführung ohne Auftrag der Arzt ein „Geschäft für einen anderen" geführt haben muß. Das weitere und letzte Erfordernis der Geschäftsführung ohne Auftrag ist, daß der Arzt dem Geschäftsherrn gegenüber weder beauftragt noch sonst dazu berechtigt ist.

Das Wort „beauftragt" ist nicht etwa im juristisch-technischen Sinn zu verstehen, sondern im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs.

(Leonhard Bes. Sch. R. S. 431; Planck 677 Anm. 2c u. a.)

Übrigens ist das wieder ein Beweis dafür, daß der Gesetzgeber oft nicht die genaue Ausdrucksweise gebraucht hat, wie sie ihm unterschoben wird. Einmal gebraucht er „Auftrag" in dem von ihm geprägten juristisch-technischen Sinn, einmal wieder im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs. Ebenso werden wir eine Ausdrucksunklarheit, wie bereits einmal gesagt, bei der späteren Erörterung des Interessebegriffs kennenlernen.

Ein Vertrag, der den Arzt zu seiner Tätigkeit verpflichtete, darf deshalb nicht zwischen Arzt und Geschäftsherrn bestehen. Ein zwischen dem Arzt und einem Dritten bestehender Vertrag stört nicht.

Diese Frage ist außerordentlich umstritten. Lent S. 153 lehnt diese Möglichkeit schlechthin ab. Man könne von einem Geschäftsführer nicht annehmen, daß er sich freiwillig in den Widerstreit von Pflichten begibt, indem er den Willen habe, die Geschäfte des einen zu besorgen und gleichzeitig einen Auftrag eines Dritten zu erfüllen. Nur dann nimmt er die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens an, wenn der „Auftrag" lediglich im Interesse des Dritten, des Geschäftsherrn, erteilt sei. Denn hier könne ein Interessenkonflikt nicht er-

wachsen. Aber man wird im Gegenteil nicht so ängstlich sein dürfen mit der Annahme einer Geschäftsführung neben den Auftrag eines Dritten. Denn zunächst lehnt Lent ja nur deshalb diese Konstruktion ab, um den Geschäftsführer nicht in einen Interessenkonflikt zu bringen. Aber warum hier auf einmal solche Rücksichtnahme? Jeder kann doch z. B. sein Vermögen verschenken, jeder kann die unangenehmsten Verpflichtungen eingehen, wenn er will. Wenn also auch jemand einen solchen „Interessenkonflikt" auf sich nehmen und neben dem „Auftrag" noch eine Geschäftsführung ohne Auftrag für einen Dritten führen will, dann ist das die eigene Sache des Geschäftsführers. Ob er dadurch in Interessenkonflikt kommt und ob er deshalb der einen oder anderen Seite haftet, ist sein höchst eigenes Risiko. Wer ein solches Risiko auf sich nehmen will, mag es tun. Es ist zwar möglich, daß er dann z. B. bei guter Geschäftsführung den „Auftrag" des anderen vernachlässigt. Aber dann kann der Auftraggeber sich ja an ihn halten und von ihm Ersatz wegen Verschuldens fordern. Umgekehrt kann es möglich sein, daß der Geschäftsführer die Geschäftsführung vernachlässigt zugunsten des „Auftrags". Dann ist er wiederum dem Geschäftsherrn haftbar, dem er grundsätzlich für jedes Verschulden haftet. (§ 276.)

Es ist somit zu sagen, daß eine Ablehnung einer Geschäftsführung neben dem „Auftrag" eines Dritten nur den Schutz des Geschäftsführers bezweckt. Ein solcher Schutz ist aber nicht nötig, da es ja dem freien Willen des Betreffenden überlassen ist, sich in solche Zwickmühlen zu begeben. Niemand wird in solchen Interessenkonflikt hineingezwungen.

Aus sozialen Gründen ein solches Zusammentreffen abzulehnen, geht somit nicht an. Es muß nur untersucht werden, ob das Gesetz selbst einer solchen Annahme nicht entgegensteht. § 677 schreibt aber ausdrücklich, daß der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn gegenüber nicht beauftragt sein darf. Ein argumentum e contrario sagt uns, daß also das Gesetz ein Zusammentreffen einer Geschäftsführung ohne Auftrag mit einem „Auftrag" (im weiteren Sinne zu verstehen) eines Dritten sehr wohl zuläßt. Weiter beweist uns ein argumentum a maiore ad minus die Richtigkeit des Gesagten. Es ist wohl unbestritten, daß mehrere sich durch Vertrag auf Erzielung des gleichen Erfolges verpflichten können. Warum sollte es dann unmöglich sein, daß jemand sich vertraglich, ein anderer sich quasi vertraglich zur Leistung verpflichtet? Letzterer Gesichtspunkt ist m. E. der am meisten durchschlagende, aber bisher überhaupt noch nicht erwähnt worden.

Jedoch kann nicht schlechthin neben einem „Auftrag" eine Geschäftsführung ohne Auftrag besorgt werden. Wenn man zu den Aufwendungen, die man getätigt hat, bereits gerade durch den „Auftrag"

verpflichtet war, dann ist eine Geschäftsführung daneben nicht mehr möglich. Denn dann führt man mit den Aufwendungen sein eigenes Geschäft, ist also nicht Geschäftsführer dessen, dem die Aufwendungen rechtlich zugute kommen. (Oertmann Vorbem. 5d vor § 677.) Ein Arzt aber, der zu einer Operation oder dergleichen verpflichtet ist, ist nicht zu den Aufwendungen, die er vornimmt, verpflichtet, sondern nur zu dem Tätigwerden. (Oertmann a. a. O.)

Es wäre also sehr wohl möglich, daß der Arzt sowohl als Beauftragter (im weiteren Sinne zu verstehen) einem anderen gegenüber als auch als Geschäftsführer einem Dritten gegenüber tätig wird.

(Leonhard Bes. Sch. R. S. 427 ff.; Soergel § 677 Anm. 3; Planck 677 Anm. 2b; Warneyer 677 Anm. IV; Staudinger 677 Anm. 2c; Philipsborn S. 50; Joachim u. Korn S. 379; RGRKom. 677 Anm. 2; Enneccerus-Lehmann § 162 II 3; Hellwig S. 14; Brückmann JW 1906, 78; Wasser DJZ 1910, 408; OLG 26, 217. a. A. Josef Ziv. A. 118, 388; Goldmann-Lilienthal Bd. 3 S. 76 ff.; Lent S. 153.)

So kann es möglich sein, daß der Arzt einer Partei gegenüber vertraglich verpflichtet ist, und einer anderen Partei gegenüber auftraglos ein Geschäft führt. Dies ist insbesondere der Fall, wo der Arzt von einem Unterhaltsberechtigten zur Behandlung verpflichtet worden ist. Dann hat er einen Geschäftsführeranspruch gegen den Unterhaltspflichtigen. Hier steht dann auch, wie weiter unten zu zeigen sein wird, ein anderweitiger Wille des Unterhaltungspflichtigen nicht entgegen. Weiter ist oft erwähnt der Fall, wo der Arzt von einem Gastwirt zur Behandlung eines Gastes gerufen wird. Dann steht in den meisten Fällen dem Arzt gegen den Gastwirt ein Vertrags- und gegen den Gast ein Geschäftsführeranspruch zu. Auch, wenn der Arzt jemandem gegenüber gesetzlich zur Behandlung verpflichtet ist, ist eine Geschäftsführung ohne Auftrag gegenüber einem anderen möglich. So hat der Arzt einen Geschäftsführeranspruch gegen den Verletzer seines Kindes, welch letzterem er ja selbst unterhaltspflichtig ist.

Immer muß aber die eigene Verpflichtung des Geschäftsführers in zweiter Linie stehen. (Leonhard Bes. Sch. R. S. 427.)

Der Arzt darf dem Geschäftsherrn gegenüber auch nicht zur Vornahme seiner Tätigkeit „berechtigt" sein, wie es im § 677 heißt. Nicht jeder ist zur Führung von fremden Geschäften berechtigt. Berechtigt ist nur z. B. der gesetzliche Vertreter und derjenige, der kraft Amtes tätig wird, so z. B. der Testamentsvollstrecker, der Vormund und der Konkursverwalter.

Nicht erforderlich ist, daß das Geschäft im Interesse des Geschäftsherrn liegt oder seinem Willen entspricht. Es ist nur die Pflicht des Geschäftsführers, im Interesse mit Rücksicht auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn tätig zu werden.

(Staudinger 677 Anm. 2b u. c; Planck 677 Anm. 2d.)

2. Abschnitt: Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen.

§ 26 Wirklicher oder mutmaßlicher Wille.

Wenn der Arzt Aufwendungsersatz beanspruchen will, dann muß die Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprochen haben.

Zunächst ist ein entsprechender wirklicher oder mutmaßlicher Wille erforderlich. Dies ist etwas rein Subjektives.

Wenn nun der wirkliche und der mutmaßliche Wille einander widersprechen, dann ist zu sagen, daß grundsätzlich der wirkliche, wenn auch dem Geschäftsherrn nicht bekannte Wille zu beachten ist. Wenn der Geschäftsherr bereits bezüglich der Krankenbehandlung einen entgegenstehenden festen wirklichen Willen hatte, dann kann ihm nicht zugemutet werden, daß er jetzt trotz dieses entgegenstehenden Willens noch die zu seinem Leidwesen vorgenommene Behandlung bezahlen muß. Es ist immer auf den Geschäftsherrn selbst Rücksicht zu nehmen.

Wenn also der Geschäftsherr die ärztliche Behandlung erkennbar oder auch nicht erkennbar, aber beweisbar, nicht wünschte, dann kann dem Arzt kein Honoraranspruch zugebilligt werden. Hier ist es dann vollständig ohne Belang, daß die Krankenbehandlung vielleicht den besten Erfolg gehabt hat und eine Nichtbehandlung den sicheren Tod des Kranken herbeigeführt haben würde. Denn der Geschäftsherr hat selbst über seine Geschicke zu entscheiden. Deshalb ist auch der Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden in DJZ 1899, 199 ff zuzustimmen.

Es gibt nur wenige Fälle, wo der wirkliche Wille nicht beachtlich ist. Diese Fälle werden im nächsten Kapitel behandelt werden. Grundsätzlich muß jedenfalls die Krankenbehandlung dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn, soweit der wirkliche Wille bereits vorhanden, wenn auch nicht kenntlich gemacht, entsprechen.

Nur in den Fällen, wo überhaupt noch kein Wille des Geschäftsherrn bezüglich der Krankenbehandlung vorhanden war, ist zu dem mutmaßlichen Willen Zuflucht zu nehmen. Dieser mutmaßliche Wille ist von dem Gericht festzustellen und zwar im Wege der subjektiv nachträglichen Prognose. Immer ist auf den Willen des Geschäftsherrn abzustellen. Da hier dieser noch keinen gebildet hatte, muß man versuchen, zu ermitteln, welchen Willen der Geschäftsherr gehabt haben würde, wenn ihm Gelegenheit gegeben gewesen wäre, einen wirklichen Willen zu bilden. Immer kommt es auf die besonderen Ansichten und Bedürfnisse des Geschäftsherrn an. (Leonhard Bes. Sch. R. S. 442.)

§ 27 Interesse des Geschäftsherrn.

Neben dem Willensmoment ist erforderlich, daß die Geschäftsführung dem Interesse des Geschäftsherrn entsprochen hat.

Was unter Interesse zu verstehen ist, ist sehr streitig. Das Wort Interesse ist so farblos und vieldeutig, daß es schade ist, daß es im Gesetzbuch Aufnahme gefunden hat. Oft ist es ganz unsicher, was darunter zu verstehen ist; es wird deshalb auch oft als Verlegenheitswort gebraucht, wenn man gerade keinen passenden Ausdruck für das, was man sagen will, findet. Es ist schon ein uraltes Wort, gebrauchten doch die Römer das Zeitwort: „interesse" in ständig sich erweiterndem Umfang. In Deutschland kam das Wort im 15. Jahrhundert auf, wie Schultzenstein (DJZ 1902, 515) sagt. Das Wort bedeutete nach Schultzenstein zunächst Gewinnsucht, Eigennutz, Vorteil; seit ca. 1750 auch Anteil, Reiz.

Das allgemeine Landrecht gebrauchte das Wort des öfteren und definiert es sogar, indem es sagt, es sei „aller Nachteil, der jemandem daraus entstanden ist, daß der andere seinen Pfichten ihm gegenüber nicht nachgekommen ist." (§ 286 I,5 ALR.)

Das BGB hat das Wort Interesse an 70 Stellen und im Einführungsgesetz an 3 Stellen gebraucht, wie Schultzenstein gezählt hat. Es hat es in den verschiedensten Bedeutungen verwendet. So sind denn auch bei Auslegung des Interessebegriffs im § 683 und § 679 die konträrsten Meinungen aufeinander gestoßen.

Die einen sagen, unter den Interessebegriff falle alles, was bei sachlicher Würdigung aller einschlägigen Faktoren als dem Geschäftsherrn förderlich angesehen werden müsse. Dies sind die Vertreter der sog. objektiven Theorie.

Die Vertreter der subjektiven Theorie sagen, Interesse sei alles das, was dem Geschäftsherrn selbst förderlich vorkomme, wenn es auch noch so abweichend von dem sei, was die Allgemeinheit als für ihn notwendig, nützlich oder vorteilhaft erachtet.

Eine Mittelmeinung steht an sich auf dem Standpunkt der objektiven Theorie, will aber doch auch auf die individuellen Verhältnisse des Geschäftsherrn Rücksicht nehmen.

Die objektive Theorie, die von der h. M. vertreten wird, begründet ihren Standpunkt folgendermaßen: Der Sprachgebrauch lasse weder für die eine noch die andere Theorie Schlüsse zu, da er schwankend sei. Wenn man sage: „Ich habe Interesse an etwas", dann meine man sein eigenes, subjektives Interesse; wenn man aber sage, die Angelegenheit liege im Interesse eines anderen, dann meine man ein objektives Interesse. Auch das Gesetz lasse nicht auf das eine oder andere schließen, da das Wort Interesse nicht als terminus technicus vom Gesetzgeber verwendet worden sei. Die Entstehungs-

geschichte spreche aber für die objektive Theorie, denn es heiße in § 753,2 des 1. Entwurfs zum BGB: „Es wird vermutet, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen." Dies zeige deutlich, daß der Interessebegriff objektiv aufgefaßt sei. Die der Redaktionskommission vorgelegte Fassung stehe auch deutlich auf objektivem Standpunkt. Es hieß dort: „Hat die Übernahme der Geschäftsführung mit Rücksicht auf die Zwecke und Verhältnisse des Geschäftsherrn dessen Nutzen entsprochen, so kann der Geschäftsführer Ersatz verlangen." Die Erwähnung von „Zweck und Verhältnis" neben dem Nutzen lasse den Schluß zu, daß Nutzen objektiv aufgefaßt war. (Rossen S. 20.) In der endgültigen Fassung sei dann Nutzen durch Interesse und „Zweck und Verhältnis" durch „wirklicher oder mutmaßlicher Wille" ersetzt worden. Es liege also klar auf der Hand, daß das Wort Interesse objektiv gebraucht sei.

(Vertreter der objektiven Theorie sind u. a.: Brückmann, Geschäftsführung S. 114 ff.; Oertmann Anm. 1 zu § 683; Cosack Bd. 1 1899 S. 561; Staudinger § 683 Anm. 1a; Planck.)

Demgegenüber ist der subjektiven Theorie beizutreten, deren Hauptvertreter Ernst ist und dessen Gedankengängen ich mich im großen und ganzen anschließe.

Es zeigt nämlich zunächst der Sprachgebrauch, daß das Interesse etwas rein individuelles ist. So gebraucht ja auch die ganze Juristenwelt die Ausdrücke positives und negatives Interesse bei der Schadensersatzlehre. Diese beiden Ausdrücke bedeuten aber doch bestimmt etwas subjektives.

Das BGB gebraucht tatsächlich das Wort Interesse nicht als terminus technicus. Daraus ist aber zu schließen, daß es das Wort im Sinne des Sprachgebrauchs anwendet. Auch die Entstehungsgeschichte beweist die subjektive Natur des Interessebegriffs. In Rom hieß es z. B. „quanti alicuius interest" und „domini voluntatem habuit" (Dig. 15,3 lex 3 § 4 cit. bei Leonhard Bes. Sch. R. S. 443). Das ist deutlich das subjektive Interesse. Das von den Gegnern ins Feld geführte Argument, daß in den Quellen auch ein negotium utiliter gestum verlangt sei, spricht, wie Leonhard (Bes. Sch. R. S. 443) mit Recht bemerkt, überhaupt nicht für die Gegenansicht. Es müßte, wenn die Gegenansicht richtig wäre, negotium utile gestum und nicht negotium utiliter gestum heißen. Es findet sich, wie ebenfalls Leonhard zuerst der Gegenseite vorhält, in den Quellen sogar eine Stelle, die deutlich zeigt, daß auch bei an sich vorliegender Nützlichkeit, aber entgegenstehendem Willen, kein Ersatzanspruch gegeben ist. Dort heißt es, daß eine Ausbesserung, die der Herr nicht für nötig hält, nicht als utiliter gestum anzusehen ist. (Dig. 3,5 lex 9 (10) § 1.)

Auch die jüngere gemeinrechtliche Zeit faßte das Interesse, anders als die ältere gemeinrechtliche Zeit, subjektiv auf. So sagt Windscheid, daß die utilitas nach den besonderen Auffassungen des Geschäftsherrn, nach seiner besonderen Lage zu bestimmen sei. (Pand. § 430 Anm. 17.) Die Nützlichkeit hatte für Windscheid nur die Bedeutung, daß man aus ihr auf den Willen des Geschäftsherrn schließen könne. (Zit. aus Leonhard Bes. Sch. R. S. 441.)

Man muß, wie Ernst (S. 480) richtig bemerkt, sagen können, dominum eadem facturum fuisse. Wille und Interesse sind nichts, als eine Übersetzung dieses Satzes ins Abstrakte.

Der 1. Entwurf des BGB steht ebenfalls deutlich auf dem Standpunkt der subjektiven Theorie. In § 753 a. a. O. heißt es, ein Anspruch sei nur dann gegeben, „wenn und soweit der Geschäftsführer dergestalt gehandelt hat, daß anzunehmen ist, es würde sein Verhalten bei Kenntnis der wirklichen Sachlage von dem Geschäftsherrn gebilligt worden sein." „Das ist aufs Wort die im gemeinen Recht übliche Formulierung des streng subjektiven Prinzips." (so Ernst; ein Vertreter der objektiven Theorie gibt dies selbst zu: Rossen S. 20).

Dem widerspricht auch nicht der von Rossen erwähnte Absatz 2 desselben Paragraphen. Denn der sagt lediglich dasselbe, wie Windscheid, daß von der objektiven Nützlichkeit auf das subjektive Interesse zu schließen ist. Er stellt also lediglich eine Regel der Beweislast dar, die überdies noch später gestrichen wurde.

Daß das subjektive Interesse vom BGB übernommen werden sollte, ist überdies in den Motiven ausgesprochen. (Band II, 860.) Danach ist nur dann ein Anspruch gegeben, wenn das Eingreifen den wirklichen, nicht den bloß bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt erkennbaren Intentionen des Geschäftsherrn entsprochen hat.

Sinn und Zweck der Bestimmungen des Gesetzes sprechen auch für die subjektive Theorie. Es soll dem Geschäftsherrn nur dann zugemutet werden, auch ohne in vertragliche Beziehungen zu jemand getreten zu sein, Aufwendungsersatz zu leisten, wenn er andernfalls einen dementsprechenden Vertrag abgeschlossen haben würde. Hier ist es dann vollständig gleichgültig, ob die von dem Geschäftsführer ja auch sonst getroffenen Maßnahmen überflüssig oder gar nachteilig für den Geschäftsherrn gewesen sind. (Leonhard Bes. Sch. R. S. 443.) Das ist sehr zu beachten für unsere Fälle, wo ein Arzt einen Kranken behandelt. Es ist dem Arzt also auch dann ein Ersatzanspruch gegeben, wenn die Behandlung nicht nur nicht nützlich, sondern sogar — wider Erwarten — schädlich gewesen ist. Die Hauptsache ist nur, daß der Geschäftsherr Interesse an der Behandlung hatte und sie auch seinem (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen entsprach.

Dieser unserer Ansicht steht auch nicht etwa entgegen, daß im Gesetz sowohl von Interesse als auch von Willen die Rede ist, wo ich doch beide Begriffe subjektiv aufgefaßt habe. Man könnte deshalb sagen, wenn das Gesetz beide Ausdrücke subjektiv auffasse, dann habe es sich pleonastisch ausgedrückt, was doch unwahrscheinlich sei.

Obwohl ich Interesse und Wille subjektiv aufgefaßt habe, bedeuten doch beide Ausdrücke etwas ganz verschiedenes. Interesse bedeutet, daß man gern den Erfolg des Geschäfts sähe, aber vielleicht bedauernd darauf verzichtet, etwa aus Geldmangel oder aus Angst vor der Durchführung der Operation. Der Wille dagegen bedeutet, daß man auch die Besorgung durch den andern, hier also die ärztliche Behandlung durchgeführt sehen will.

(Ebenso Leonhard Bes. Sch. R. S. 444 ff.; Vertreter der subjektiven Theorie sind noch: Behr Ger. S. Bd. 62, 417 ff.; Endemann S. 1122; Schollmeyer S. 101; Schulz, Die Rechte des Geschäftsführers S. 26 ff.; Isay S. 103; Richter S. 14 ff.)

Der von uns vertretenen Theorie nähert sich ja auch die Mittelmeinung, die auf die individuelle Lage des Geschäftsherrn Rücksicht nehmen will.

Der Standpunkt der subjektiven Theorie erscheint somit als der richtige, wenn auch nicht von der h. M. vertretene Weg. Heute verlangt man, daß das Geschäft, wenn es auch nicht dem Geschäftsherrn genützt hat, doch wenigstens für ihn von Interesse war. Daß dies der Fall ist, muß der Arzt beweisen. (Leonhard Beweislast S. 375.)

§ 28 Inhalt des Interesses.

Das Interesse umfaßt nun nicht nur etwas rein Materielles; vielmehr gibt es auch ein sittliches, soziales, ethisches Interesse. Ob der Geschäftsherr demnach ein materielles Interesse an der Geschäftsführung, hier der Krankenbehandlung hat, ist belanglos, da ein sittliches Interesse genügt. Vor allem kommt hier das Interesse eines bonus pater familias in Betracht, auch wenn er nicht unterhaltspflichtig gegenüber seinen Kindern und seiner Ehefrau ist.

Wenn also den beiden Erfordernissen: Interesse und Wille genügt ist, dann kann der Geschäftsführer Aufwendungsersatz verlangen.

§ 29 Die Rettung eines Selbstmörders durch den Arzt.

Hier ist besonders interessant der Fall, wo der Arzt einen Selbstmörder behandelt hat. Es ist hier m. E. streng zu scheiden zwischen den Fällen, wo der Selbstmörder in einem Anfall von geistiger Umnachtung Hand an sich legte und den Fällen, wo er dies kaltblütig, mit sorgsamer Abwägung des Für und Wider, tat. In letzterem Fall

steht seiner Rettung sein klarer Wille entgegen. Es ist also aus den bisher erörterten Gesichtspunkten kein Aufwendungsersatzanspruch gegeben. In dem ersteren Fall dagegen liegt überhaupt kein wirklicher Wille vor, da geistig Umnachtete in diesem Zustand überhaupt keinen Willen bilden können. Es kommt deshalb nur der mutmaßliche Wille des Selbstmörders in Betracht. Wenn dieser so ist, daß er bei klarem Kopf nicht dazu übergegangen wäre, Hand an sich zu legen, und das ist wohl meist der Fall, dann ist ein Anspruch auf Aufwendungsersatz für den Arzt gegeben. (Ebenso Israel S. 28; Richter S. 55.) Ebenso liegt § 677 vor, wenn der Selbstmörder zwar sich kaltblütig töten, aber nicht in einem langen, schmerzhaften Todeskampf liegen wollte. Hier kann der Arzt mit Aussicht auf Honorar dem Selbstmörder seine Hilfe leihen. (Rosenberg Ger. S. 1903 S. 76.)

Wenn der Selbstmörder bei dem Selbstmordversuch kaltblütig Hand an sich gelegt hatte und weiterhin bis zu seinem Tode den entschiedenen Willen hat, zu sterben, dann ist zu prüfen, ob der der Rettung entgegenstehende Wille vielleicht unbeachtlich ist.

§ 30 Unbeachtlichkeit des entgegenstehenden Willens gemäß § 679 BGB.

Gemäß § 679 ist der entgegenstehende Wille des Geschäftsherrn nämlich unbeachtlich, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn sonst nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.

Es ist zunächst daran zu denken, ob beim Selbstmörder eine der beiden Möglichkeiten des § 679 zutreffen, oder ob eine Analogie zu § 679 zu ziehen ist, um bei einer Rettung des Selbstmörders einen Honoraranspruch des Arztes zu rechtfertigen. Die vielen Theorien zur Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs, also die Theorien, die einen Grund zum Ausschluß der Widerrechtlichkeit, insbesondere für das Strafrecht geben, interessieren hier nicht. Es sind dies die Theorien vom Gewohnheitsrecht, die Zwecktheorie, die Notstandstheorie, die Theorie des ärztlichen Berufsrechts, die Theorie von der Pflichtenkollision, vom übergesetzlichen Notstand usw.

(Hierzu u. a. Unger S. 204 ff.; Trappenberg-Scheurel S. 21; RG 61, 254; 62, 137 usw.)

Hier interessiert nur, wie dem Arzt aus Behandlung zur Rettung eines Selbstmörders Honoraransprüche gewährt werden können.

1. Unterabschnitt: Öffentliches Interesse.

Es ist zunächst daran zu denken, daß der entgegenstehende Wille des Selbstmörders deswegen nicht in Betracht komme, weil ohne die Geschäftsführung eine im öffentlichen Interesse liegende

Pflicht nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Es müßte also eine Pflicht des Selbstmörders bestehen und diese Pflicht müßte im öffentlichen Interesse liegen; schließlich müßte diese Pflicht sonst nicht rechtzeitig erfüllt werden.

Unter Pflicht kann man nur eine Rechtspflicht verstehen, weil das Gesetz sittliche Pflichten nicht immer berücksichtigt. Es müßte also eine auf einer Norm — Gesetz oder Gewohnheit — beruhende Pflicht bestehen. (Leonhard Bes. Sch. R. S. 435.)

Zunächst besteht aber keine Rechtspflicht zum Leben. Der Selbstmord ist gestattet; ebenso ist der Selbstmordversuch in Deutschland nicht strafbar. Dies ist aber erst seit dem Rescript Friedrichs des Großen vom 6. 12. 1751 der Fall. Anders ist es in England und in Japan. (Siehe Trappenberg-Scheurel S. 12 ff.) Zwar will Josef: (Gruch. 50, 40) und Schultzenstein (DJZ 1904, 86) eine Rechtspflicht daraus konstruieren, daß die Polizei das Recht habe, den Selbstmord zu verhindern. Dies Recht besteht tatsächlich und fußte früher auf dem Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit und § 10 II 17 ALR; jetzt auf dem Polizeiverwaltungsgesetz von 1931. Aber daraus folgt doch nicht, daß eine Pflicht des Selbstmörders am Leben zu bleiben, besteht. Die Polizei schreitet nur ein zur Verhinderung eines Verstoßes gegen die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit.

Deshalb ist auch den Ausführungen Rosenbergs (Ger. S. 62, 76) nicht zu folgen, der nur untersucht, ob es im öffentlichen Interesse liegt, daß ein Selbstmörder behandelt wird. Seine Argumentation ist übrigens auch noch unrichtig, denn nicht die Heilung des Selbstmörders liegt im öffentlichen Interesse, sondern höchstens die Fortschaffung des Verletzten von öffentlicher Straße, wo er etwa den Selbstmordversuch beging.

Alle die Ausführungen, die lang und breit prüfen, ob ein öffentliches Interesse an der ärztlichen Behandlung des Selbstmörders vorliegt, sind deshalb zu übergehen, da zunächst eine Rechtspflicht des Selbstmörders bestehen muß. Diese ist nicht zu finden.

Zitelmann (Ziv. A. 99, 113 ff) will nun § 679, da er auch nur eine Rechtspflicht aus dieser Bestimmung herauslesen kann, auf sittliche Pflichten analog anwenden. Allgemein sehe man den Selbstmord als verwerflich an und außerdem werde dabei ein besonders dringendes öffentliches Interesse verletzt. Analogien sind aber nur sehr vorsichtig anzuwenden. Nur ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio. Das Gesetz soll angewendet werden, wenn es zwar keine Norm für den betreffenden Fall geschaffen hat, es aber einen wesentlich gleichen Tatbestand regelt. (v. Tuhr Allg. Teil Bd. 1, S 41.) Analogie ist auch dann möglich, wenn, wie Zitelmann (Lücken im Recht 27 ff) sagt, der Gesetzgeber absichtlich eine genaue Regelung

unterlassen hat, weil er die Frage noch nicht gesetzgeberisch zur Entscheidung reif hielt.

In § 679 befindet sich aber keine Gesetzeslücke; vielmehr ist die Ausdehnung auf sittliche Pflichten ausdrücklich unterlassen worden. (Motive II, 738.) Außerdem würde bei Bejahung dieser Analogie an die Stelle der sittlichen Pflichten der sittliche Zwang treten.

§ 679 ist also weder direkt noch analog auf den Selbstmordfall anwendbar.

Die Argumentation von Planck (§ 679 Anm. 2c), daß die entgegenstehende Willenserklärung des Selbstmörders ein Rechtsgeschäft ist und, wenn sie gegen die guten Sitten verstoße, gemäß § 138 unbeachtlich ist, scheitert schon, wie er selbst zugibt, oft daran, daß man einen Selbstmord nicht schlechthin als unsittlich bezeichnen kann. „Man muß sich sehr davor hüten, über jeden Selbstmörder ein sittliches Verdammungsurteil zu fällen." (Leonh. Bes. Sch. R. S. 436.)

Aber Leonhard (Bes. Sch. R. S. 436 ff) bringt erstmalig einen Gedankengang, der m. E. durchschlagend ist. Jeder Mensch ist berechtigt, sich selbst zu töten; aber damit hört das Recht des Menschen auf; es ist insbesondere verboten und strafbar, einen anderen zu ermächtigen, einen zu töten. (§ 216 StGB.) Die Streitfrage, ob man einen anderen dazu ermächtigen darf, einen körperlich zu verletzen, ob man also wenigstens insoweit verfügungsberechtigt ist, mag dahingestellt bleiben. Über sein eigenes Leben darf man nur insoweit verfügen, als man selbst die schädigenden Handlungen ausführt. Wenn ein Arzt aber einen tödlich verletzten Selbstmörder liegen läßt und liegen lassen soll, dann ist dies genau dasselbe, als wenn man eine andere Bedingung zum Tode des Selbstmörders setzt, indem man ihn etwa selbst verletzt. Da das Setzen der letzteren Bedingung zum Tode des Selbstmörders verboten und strafbar ist, der es wünschende Wille des Selbstmörders also unbeachtlich ist, muß man logischerweise auch den Willen des Selbstmörders, der das Setzen der ersteren Bedingung wünscht, für unbeachtlich erklären. (Ebenso RG 66, 307 ff.)

Aus diesem Grunde wird dem Arzt also in allen Fällen ein Anspruch auf Entrichtung des Honorars gegenüber dem geretteten Selbstmörder und bei dessen Tod gegenüber dessen Erben zugebilligt werden müssen. (**A. A.** Trappenberg-Scheurel S. 54 ff.)

Wir können jetzt wieder zu der Frage zurückkehren, ob und wann der Arzt sein Honorar verlangen kann, weil durch seine Behandlung eine Pflicht, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, sonst nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.

Ein solcher Anspruch ist z. B. dann gegeben, wenn der Arzt einen unterstützungsberechtigten Armen behandelt und zwar früher gegen

den Ortsarmenverband; jetzt Bezirksfürsorgeverband nach der Fürsorgepflichtverordnung.

(Schleswig-Holsteinischer Anzeiger 1906, 362; OLG 12, 272.)

Weiter ist ein Fall des § 679 gegeben, wenn ein Nichtkassenarzt einen Kassenpatienten behandelt und ein dringender Fall vorliegt.

(Joachim u. Korn Bd. 1 S. 379; Hellwig: Ärztliche Rechtskunde S. 104; Israel S. 34 a. A. Camphausen S. 48.)

Nach den Vorschriften der Kriegssanitätsordnung, Ziffer 457, wonach der Krankendienst im Kriege die möglichst schnelle Herstellung der Verwundeten und Kranken, insbesondere ihre baldige Rückkehr in den Dienst bezweckt, liegt ebenfalls ein öffentliches Interesse an der Behandlung des verwundeten Soldaten vor und ist deshalb gegen den Verwundeten gemäß § 683/679 ein Honoraranspruch gegeben. (Ebenso Rosenberg S. 76; Richter S. 50.)

Weiter gehören hierher die Fälle, wo eine zwangsweise Krankenbehandlung vom Staat gefordert wird, etwa aus Gründen der Unterdrückung einer Epidemie und wo der Staat den Kranken selbst zur Bezahlung der Behandlung verpflichtet sein lassen will. Hier ist an die Zwangsimpfungen und das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten zu denken. Nicht dagegen liegt ein öffentliches Interesse allgemein immer bei Unglücksfällen vor, wie es Holz (JW 1914, 1124 ff) und Pies (S. 36 ff) annehmen.

2. Unterabschnitt: Unterhaltspflicht.

Ein entgegenstehender Wille ist weiterhin unbeachtlich, wenn ohne die Geschäftsführung eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt würde. Gesetzliche Unterhaltspflicht besteht zwischen Verwandten in gerader Linie, ohne Rücksicht, ob Ascendenten oder Descendenten, jedoch so, daß die Descendenten vor den Ascendenten unterhaltspflichtig sind. (§§ 1601 ff.) Gesetzliche Unterhaltspflicht besteht weiter vom Ehemann seiner Frau gegenüber; umgekehrt jedoch nur, wenn der Mann außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. (§ 1360.) Ferner ist der Vater des unehelichen Kindes unterhaltspflichtig. Zum Unterhalt gehört die Verschaffung des gesamten Lebensbedarfs. Eine, wenn auch sehr undeutliche Definition, wenigstens für den standesgemäßen Unterhalt, hiervon gibt Opet (S. 86): „Was unter standesgemäßen Unterhalt zu verstehen ist, ergibt sich aus der Kenntnis der Lebenshaltung derer, die nach der allgemeinen Auffassung gesellschaftlich einen Rang einnehmen, der den durchaus nach der individuellen Lage zu beurteilenden Verhältnissen des Bedürftigen zur Zeit, als er noch keine Unterstützung benötigte, entspricht". Daß darunter die Pflicht

zur Tragung von Arzt- und Operationskosten gehört, ist nahezu unbestritten.

(So Hannss S. 43 ff.; Crome § 604 S. 475; Holz JW 1914, 1125; Hollaender Gruch. 70, 481; Neumann Jahrb. 1928, 249; Seuff. Bl. 1905, 181 Zitelmann Ziv. A. 99, 113; Philipsborn S. 50; Joachim u. Korn S. 346; OLG 8, 343; 18, 256; Motive IV, 124; Richter S. 57.)

Die Unterhaltspflicht zwischen Verwandten in gerader Linie gemäß §§ 1601 ff besteht nur dann, wenn der Unterhaltsberechtigte bedürftig, d. h. außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Dies liegt insbesondere in der heutigen Zeit der unverschuldeten Arbeitslosigkeit dann vor, wenn jemand nicht durch Verwertung seiner Arbeitskraft sich seinen Unterhalt selbst verdienen kann. (Lehmann Fam. R. S. 259.) Unterhaltspflicht besteht auch dann, wenn der Berechtigte die Mittel zum Unterhalt von einem dazu zwar bereiten, aber nicht verpflichteten Dritten erhält. Wenn also etwa der Arzt eine mittellose Tochter geschiedener Eheleute behandelt, diese aber von der an sich nicht dazu verpflichteten Mutter Unterhalt bekommt, dann ist trotzdem ein Geschäftsführeranspruch gegen den unterhaltspflichtigen Vater gegeben.

(Ebenso RGRKom. § 1602 Anm. 1; RG 72, 199; OLG 17, 264 Rudolph in DJZ 1912, 688; JW 1905, 212. a. A. Staudinger § 1602 Anm. 1c; KGJ 37 A 44; Hannß S. 12 u. 58; RG 105, 166, aber einschränkend.)

Die Unterhaltspflicht liegt weiter nur vor, wenn der Verpflichtete leistungsfähig ist. (§ 1603.) Die Verwandten in gerader Linie sind weiterhin nur in ganz bestimmter Reihenfolge unterhaltspflichtig. (§ 1606.) Gleichgültig ist auch, ob der Berechtigte auf den Unterhalt verzichtet hat, da wenigstens für die Zukunft ein Verzicht ausgeschlossen ist. Für die Gegenwart kann auch nicht einseitig auf den Unterhalt verzichtet werden; es ist vielmehr ein besonderer Erlaßvertrag notwendig. (Cohn Gruch. 47, 221 ff.) Der Arzt hat nur solange einen Anspruch aus § 683/679 gegen den Unterhaltspflichtigen aus Behandlung des Unterhaltungsberechtigten, wenn dieser noch nicht seiner Unterhaltspflicht nachgekommen ist. Wenn also insbesondere der Pflichtige den Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu zahlen hatte, und er dies bereits getan hat, dann besteht für die Krankheiten des täglichen Lebens, die sich während dieser Zeit ereignen, keine Unterhaltspflicht und somit keine Pflicht zur Bezahlung des Arzthonorars aus § 679/683. Letzteres kommt jedoch vor allem nur dann in Betracht, wenn der Unterhalt durch Gewährung einer Geldrente entrichtet worden ist.

Aber auch wegen Behandlung außerordentlich kostspieliger Erkrankungen ist dem Arzt niemals ein Anspruch gegen denjenigen gegeben, der seine Unterhaltspflicht bereits durch Zahlung einer

Geldsumme nachgekommen ist. In diesem Fall besteht höchstens eine Pflicht zur Rentenerhöhung.

(Planck § 1361 Anm. 2; DJZ 1906, 212; Staudinger § 1361 Anm. 3a; KGJW 1920, 713; Opet S. 96.)

Diese Pflicht besteht jedoch nur dem Bedürftigen gegenüber. (Spahn S. 58.) Der Arzt kann daraus keine Rechte dem Unterhaltspflichtigen gegenüber herleiten. Lediglich der Berechtigte kann in einem solchen Fall Ansprüche geltend machen und zwar, wenn der Pflichtige bereits zur Zahlung einer festen Rente rechtskräftig verurteilt worden ist, durch Erwirkung eines Änderungsurteils nach § 323 ZPO.

(Spahn S. 58; Kuhlmann Gruch. 65, 270 ff.; Staudinger § 1610 Anm. 5; Ebermayer, Arzt und Patient S. 177.)

Den Ansprüchen des Arztes kann auch nicht von dem Unterhaltspflichtigen entgegengehalten werden, er, der Pflichtige, erfülle seine Unterhaltspflicht durch Entrichtung einer Geldrente; der Arzt habe deshalb kein Recht, den Unterhalt naturaliter, wie er es ja getan hat, zu erfüllen. Dies kann dem Arzt deshalb nicht entgegengehalten werden, weil der Erfüller einer Unterhaltspflicht nach seiner Wahl in Geld oder natura leisten kann; die Art der Unterhaltsgewährung ist seine Sache. (Streber S. 25.) Ein wichtiger Fall, der hier in Betracht kommt, ist der, wo die Ehefrau vom Arzt behandelt wird, die Arztbestellung durch sie aber nicht in den Rahmen der Schlüsselgewalt fällt; wohl aber der Mann für die Bezahlung der Behandlung auf Grund seiner Unterhaltspflicht aufkommen muß. Dann wird man den Arzt als Geschäftsführer des Mannes aufzufassen haben, neben seiner Vertragsverpflichtung der Ehefrau gegenüber.

(Brückmann JW 1906, 76 ff.; Holz JW 1914, 1124 ff.; OLG 8. 343.)

Ebenso ist der Arzt Geschäftsführer der kranken Ehefrau, wenn er von dem Mann beauftragt ist, weil er ein Geschäft (Krankenheilung) für die Frau besorgt.

Ein weiterer wichtiger Fall ist auch der, wo der Arzt ein unterhaltsberechtigtes Kind behandelt. Hier ist er sowohl Geschäftsführer des Kindes als des Vaters, wenn er vertragslos handelt. (Ebenso Teufel S. 420.)

Im übrigen soll die weitgehend von vielen Seiten erörterte Frage, wer bei Behandlung von Ehegatten und anderen Familienangehörigen haftet, nicht weiter untersucht werden. (Siehe dazu Rahmel, Müller; Israel S. 35 ff; Nolte; Ebermayer S. 80 ff.)

Damit der Arzt Aufwendungsersatz beanspruchen kann, ist aber weiterhin erforderlich, daß die von dem Arzt erfüllte Unterhaltspflicht oder im öffentlichen Interesse liegende Pflicht sonst nicht

rechtzeitig erfüllt worden sein würde. Der Arzt darf deshalb nicht zur ärztlichen Behandlung schreiten, wenn die Krankenbehandlung nicht dringend ist und die Aussicht besteht, daß der Unterhaltspflichtige seiner Pflicht nachkommen wird. Ob die Behandlung erfolgen muß, ob also nicht auf die Erfüllung durch den Pflichtigen selbst gewartet werden kann, bestimmt der Arzt selbst nach seinem eigenen pflichtgemäßen Ermessen. (Nolte S. 37.) Hierbei ist zu beachten, daß eine kleine Verzögerung in der Erfüllung seiner Pflichten die Anwendbarkeit von § 679 noch nicht ergibt. (Richter S. 56.)

Wenn der Arzt also durch die Krankenbehandlung ein Geschäft für einen anderen besorgt hat, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein und wenn die Übernahme der Geschäftsführung im Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn lag, bezw. wenn ohne die Krankenbehandlung eine Pflicht des Geschäftsherrn, die im öffentlichen Interesse liegt oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt worden sein würde, dann kann der Arzt „wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen". (§§ 683, 679, 677.)

§ 31 Inhalt des Aufwendungsbegriffs.

Was fällt nun alles unter den Begriff der Aufwendungen? Auffallen muß sofort, daß das Gesetz nicht den Ausdruck Vergütung verwendet, wie z. B. in § 612. Das Gesetz hat demnach offenbar etwas anderes unter dem Aufwendungsbegriff verstanden.

Deshalb ist der Begriff der Aufwendungen zu untersuchen. Eine Definition hat das Gesetz nicht gegeben. Die Motive begründen das damit, daß der Begriff in Theorie und Praxis eindeutig festliege. (Mugdan III, 17.)

Daß unter Aufwendungen alle Opfer an Vermögenswerten fallen, ist sicher. (Hoeniger Bürg. A. 35, 274; JW 1909, 315.) Also die verbrauchten Medikamente, Verbände usw. kann der Arzt sicher verlangen. Sicher ist auch, daß er dann für die Verwendung seiner Arbeitskraft Ersatz verlangen kann, wenn diese als unter den Vermögensbegriff fallend zu erachten ist. Die Arbeitskraft gehört aber, ebenso wie nach römischem Recht (Isay S. 145) nicht zum Vermögen, denn der Vermögensbegriff ist ein rein wirtschaftlicher. (Staudinger IV vor § 90.) Er umfaßt Mobilien, Immobilien, Forderungen, Anwartschaftsrechte, Immaterialgüterrechte. Nicht jedoch gehören alle Rechte zum Vermögen, insbesondere nicht die Persönlichkeitsrechte. Ein Persönlichkeitsrecht ist aber das Recht auf die eigene Arbeitskraft, wenn man ein solches überhaupt anerkennen will.

(So Lotmar I, 81 ff.; Oertmann Anm. 5 vor § 90; OLG 7, 36; Enneccerus I, 1 § 71; Dernburg S. 355; RG 51, 373; 58, 29; 64, 156.)

Deshalb ist auch die Betätigung der Arbeitskraft kein Vermögensaufwand. (Hegener S. 25.) Ob der Geschäftsführer trotzdem Ersatz für seine Betätigung erlangen kann, ist stark umstritten. Die einen sagen, dies sei deshalb unmöglich, weil er nur Ersatz wie ein Beauftragter verlangen könne. Dieser könne aber deshalb keine Vergütung verlangen, weil das BGB nicht auf dem Standpunkt des gemeinrechtlichen honorierten Mandats stehe, sondern den Auftrag begrifflich unentgeltlich gemacht habe. So sagt denn auch Oertmann (§ 683 Anm. 3 b), daß grundsätzlich kein Anspruch für die verwendete Arbeitskraft besteht, sondern nur dann, wenn der Geschäftsführer eine andere gewinnbringende Tätigkeit unterlassen habe. In der bewußten Abstandnahme von diesem Gewinnerwerb sei die Arbeitskraftverwendung eine Aufwendung. Zum Beweis zieht er § 252 entsprechend heran. Ähnlich will auch Ruhstrat (Ziv. A. 38, 128) dem Arzt nur das zubilligen, quod ei abest.

Eine große Menge anderer Schriftsteller, wohl die h. M. will dem Geschäftsführer dann einen Anspruch auf Vergütung geben, wenn die von ihm geleisteten Dienste solche sind, die er auch sonst entgeltlich ausübt.

(Isay S. 146; Brückmann S. 148; Hellwig S. 13; Flügge S. 82; Nolte S. 40; Holz JW 1914, 1127; Staudinger § 683 Anm. I, 2a; Planck § 683 Anm. 3a; Philipsborn S. 94; JW 1915, 1799; RGRKom. § 683 Anm. 5; Brückmann JW 1906, 78; OLG 8, 343; 12, 274.)

Zum Beweise ihrer Anschauung ziehen diese Schriftsteller § 1835, 2 analog heran, worin bestimmt ist, daß als Aufwendungen auch solche Dienste des Vormundes gelten, die zu seinem Gewerbe oder Berufe gehören. In der Tat sah der v. Kübel'sche Entwurf (Bd. II, 1 S. 2) diese Vorschrift vor. Aber man muß bedenken, daß diese Vorschrift nicht für die Geschäftsführung ohne Auftrag Gesetz geworden ist, vielmehr nur in einer Regel beim Vormund. Dadurch, daß aber an dieser einzigen Stelle eine Definition gegeben ist, ist einwandfrei zu ersehen, daß diese Definition nur für den Vormund oder wenigstens ähnlich gelagerte Fälle Anwendung finden soll und darf. Allgemein auf die Geschäftsführung ohne Auftrag diese Vorschrift anzuwenden, geht nicht an, denn es handelt sich hier, doch eigentlich zweifellos, um eine Ausnahmevorschrift. Ausnahmevorschriften dürfen aber nach anerkannter Meinung nur innerhalb gleichartiger Verhältnisse analog angewandt werden. Die ganze Ansicht der herrschenden Meinung läßt sich nur dadurch halten, daß man eben mit allen Mitteln demjenigen, der auch sonst gegen Entgelt tätig ist, wenn er ein fremdes Geschäft auftraglos führt, einen Anspruch auf Vergütung geben will. Die Begründung der h. M. ist aber de lege lata unrichtig, höchstens de lege ferenda zu erwägen.

Eine neue Ansicht vertritt Leonhard, der glaubt, zwischen den Berufen unterscheiden zu müssen, bei denen die einzelne Leistung vergütet wird und den anderen, wo das Honorar nur einen Zuschuß zum Leben bedeutet. Die Ansprüche der letzteren sieht er als unter den Aufwendungsbegriff fallend an, so insbesondere die Honoraransprüche des Arztes. (Leonhard. Bes.Sch.R. S. 447.)

M. E. ist aber dem Arzt, wenigstens in den meisten Fällen, ein Honoraranspruch aus anderen Gründen gegeben. Man muß sich nämlich zur einwandfreien Begründung dieser Ansicht darauf besinnen, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag gar nicht lediglich dem unentgeltlichen Auftrag gegenübergestellt ist, sondern sämtlichen entgeltlichen oder unentgeltlichen Arbeitsverträgen. Das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag wollte doch, wenn der Abschluß eines Vertrags aus irgendwelchen Gründen nicht stattgefunden hatte, die Menschenhilfe fördern. Es wollte Geschäftsherrn und Geschäftsführer, zwar unter scharfen Bedingungen, einander gegenüberstellen, als wenn es sich um Vertragskontrahenten handele. So war doch auch schon die Geschäftsführung als Quasikontrakt, als vertragsähnliches Gebilde, aufgebaut. Wenn man sich dies vergegenwärtigt, weiß man sofort, daß in einigen Fällen Vergütung verlangt werden kann, in anderen Fällen dagegen nicht. Daraus erklärt sich auch der Unterschied der Beziehungen in § 683 und § 612, wo es einerseits Aufwendung heißt, andererseits Vergütung. Es ist nämlich auf den Einzelfall abzustellen.

Man darf sich insbesondere auch nicht daran stoßen, daß es in § 683 heißt, der Geschäftsführer könne Ersatz „wie ein Beauftragter" verlangen. Denn das Gesetz gebraucht, wie ich abweichend von der h. M. annehme, das Wort Auftrag fast nie gesetzestechnisch, wie ja auch bereits bei der Besprechung des § 677 gezeigt. Die Bestimmung des § 683 besagt, daß der Geschäftsführer Ersatz wie ein sonst vertraglich Verpflichteter verlangen kann.

Zunächst ist ja, wie wir sahen, entsprechend dem Willen und dem Interesse des Geschäftsherrn zu verfahren. Wenn der Geschäftsherr also anderenfalls einen Arzt beauftragt haben würde, gegen Entgelt tätig zu werden, dann ist der Anspruch des Arztes als Geschäftsführer auf Honorarzahlung gerechtfertigt.

Wenn der Geschäftsherr aber anderenfalls jemanden zur unentgeltlichen Behandlung beauftragt haben würde, er also einen Auftrag nach §§ 662 ff abgeschlossen haben würde, etwa mit einem ihm verwandten Arzt, dann ist dem geschäftsführenden Arzt lediglich der Anspruch aus § 683/670 gegeben, also auf Ersatz der Vermögenswerte, die er aufgeopfert hat.

Auf den Willen und das Interesse des Geschäftsherrn ist, wie gezeigt, lediglich in den Fällen des § 679 keine Rücksicht zu nehmen. Da es sich hier um Eilfälle handelt, ist hier auch keine Rücksicht darauf zu nehmen, ob der Geschäftsherr anderenfalls einen Arzt zur unentgeltlichen Behandlung gehabt haben würde. Denn hier rückt der Wille des Geschäftsherrn vollkommen in den Hintergrund und ein Staatsinteresse oder ein dringendes Unterhaltsinteresse steht im Vordergrund. Hier muß deshalb dem Arzt regelmäßig ein Honoraranspruch gegeben sein. Nur dem Arzt, der auf Wunsch selbst lediglich unentgeltlich tätig geworden wäre, ist der Anspruch auf Ersatz lediglich der entstandenen Vermögensschäden bezw. der entgangenen Vermögenswerte gegeben.

Daß die Motive auf diesem, bisher nicht bekannten Standpunkt stehen, ergibt sich m. E. einfach daraus, daß sie selbst sagen, geeignetenfalls sei unter Ersatz der Aufwendungen auch Vergütung von Dienstleistungen zu verstehen, welche in und bei der gestio erfolgten. (Motive II, 863.) Wie sollte man sonst das Wort „geeignetenfalls" auffassen? Entweder wäre es zuviel; es müßte also stets ein Anspruch auf die Vergütung bestehen oder es wäre zu wenig, da der reine Auftrag doch begrifflich unentgeltlich ist. Eine genaue Erläuterung des Wortes „geeignetenfalls" wäre also dann dringend erforderlich gewesen. Aber die Motive haben es bei diesem Ausdruck belassen, der einfach unverständlich wäre, wenn man sich nicht unserem Standpunkt anschlösse.

Wann dem Arzt somit bei der Geschäftsführung ohne Auftrag ein Anspruch auf volles Honorar zusteht, glaube ich hiermit gesagt und bewiesen zu haben.

Zu erwähnen bleibt nur noch, daß kein Honoraranspruch gegeben ist, wenn der Geschäftsführer, der Arzt, nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen. (§ 685.)

Die Höhe dieses Honorars richtet sich, da kein ausdrücklicher oder stillschweigender Ausschluß der Taxe erfolgt ist, nach der Gebührenordnung. (Unger S. 257.) Innerhalb der hier vorgesehenen Gebührensätze bestimmt der Arzt sein Honorar nach freiem Ermessen. Erfolgt diese nicht nach Recht und Billigkeit, so wird sie durch Urteil getroffen. (§§ 315, 316.)

Zum Schlusse sei noch bezüglich der Beweislast auf Leonhard (Beweislast) und die speziellen Ausführungen von Rossen (S. 72 ff, insbesondere S. 81 ff) verwiesen.

Wir hatten bisher gesehen, wie der Arzt in den meisten Fällen zu seinem Honorar kommen kann. Entweder er hat gegen den Kranken oder einen Dritten oder gegen mehrere einen Vertragsanspruch; oder aber er hat gegen diese einen Geschäftsführungsanspruch. Hier-

bei ist es möglich, daß gleichzeitig dem Arzt Ansprüche zustehen können gegen einen aus Vertrag und gegen einen anderen aus Geschäftsführung ohne Auftrag. Immer kann der Arzt von jedem, der ihm verhaftet ist, die volle Summe verlangen. Es handelt sich also um Gesamtschuldner, wobei dahingestellt bleiben mag, ob dies echte oder unechte Gesamtschuldner sind, oder ob man überhaupt mit Leonhard den Unterschied zwischen beiden Gesamtschuldarten leugnen soll. Denn eine derartige Untersuchung wäre nur für das Innenverhältnis, also das Verhältnis zwischen mehreren Schuldnern von Belang. Dies interessiert aber den Arzt nicht.

III. Hauptteil: Ansprüche des Arztes aus ungerechtfertigter Bereicherung.

§ 32 Hauptsächlich in Betracht kommende Fälle.

Es sind nun aber immer noch Fälle denkbar, wo der Arzt weder aus Vertrag noch aus Geschäftsführung einen Anspruch geltend machen kann. Dies ist insbesondere der Fall, wo der Arzt glaubt, vertraglich tätig zu werden, sich aber später herausstellt, daß der Vertrag nichtig ist. So vor allem, wenn der Arzt von einem Geschäftsunfähigen zum Tätigwerden verpflichtet wurde und der Arzt die Geschäftsunfähigkeit nicht kannte. Wenn etwa ein Geisteskranker oder ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter den Arzt zur Behandlung verpflichtet und der Arzt erst nachher die Geschäftsunfähigkeit des „Kontrahenten" erfährt. Hier kann dann nicht die Rede davon sein, daß der Arzt eine auftraglose Geschäftsführung besorgen wollte, denn hier ist doch mindestens das Bewußtsein, auftraglos tätig zu werden, erforderlich. Dies liegt aber doch hier zweifellos nicht vor. (a. A. Richter S. 7.)

Ebenso ist es denkbar, daß der Arztvertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstieß und dem Arzt dies nicht bekannt war. Schließlich ist es denkbar, daß der Arzt zu einem Kranken gerufen wird, er auch den Vertrag schließt, aber irrtümlich einen falschen Kranken behandelt. Dies wäre etwa möglich, wenn bei einem Eisenbahnunglück viele Personen verletzt worden sind und nun ein Angehöriger eines Verletzten einen Arzt ruft und zur Behandlung seines Verwandten, den er an der Kleidung beschreibt, verpflichtet. Wenn der Arzt nun glaubt, diesen betreffenden Kranken zu behandeln, es sich aber doch um einen anderen handelt, dann kann auch von keinem vertraglichen oder Geschäftsführungsanspruch die Rede sein.

In diesen und noch vielen anderen Fällen ist zu prüfen, ob dem Arzt nicht wenigstens ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zusteht.

Ebenso ist noch ein weiterer Fall gegeben, wo der Bereicherungsanspruch zu prüfen ist. Dies nämlich dann, wenn der Arzt zwar ein Geschäft für einen anderen geführt hat, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber dazu berechtigt zu sein, aber den Erfordernissen des § 683 nicht genügt ist. So insbesondere, wenn die Übernahme der Geschäftsführung nicht dem Interesse und dem mutmaßlichen oder wirklichen Willen des Geschäftsherrn entsprach und auch bei dem entgegenstehenden Willen nicht eine dringende im öffentlichen Interesse liegende Pflicht oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht erfüllt wurde. In diesem Fall kann nämlich, obwohl der Arzt als Geschäftsführer tätig war, er einen Bereicherungsanspruch geltend machen. (§ 684, hierzu Rossen S. 65 ff.)

Es sind also einmal direkte Ansprüche aus §§ 812 ff für den Arzt denkbar; schließlich aber auch Ansprüche aus §§ 812 ff über § 684.

§ 33 „Etwas erlangt".

§ 812 besagt nun, daß derjenige, der durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ihm zur Herausgabe verpflichtet ist.

Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist nur gegeben, wenn der Arzt aus Vertrag weder dem Bereicherten noch einem anderen gegenüber zur Behandlung verpflichtet war. Nach richtiger Ansicht ist auch dann kein Bereicherungsanspruch gegeben, wenn dem Arzt wegen dieser Behandlung gegen irgend jemanden ein Geschäftsführeranspruch zusteht.

(Endemann § 198, 2a; Oertmann Vorbem. 4 vor § 812; Loewenwarter zu § 812; Risch Gruch. 64, 292 ff.; Fischer-Henle § 812 Anm. 9; Enneccerus § 441 Anm. I, 5; Seuff. A. 66, 314; Soergel § 812 Anm. 13; Heuer S. 19; Schliep S. 34.)

Wenn also der Arzt auf Grund Vertrages zu A tätig geworden ist, B sich aber bereichert hat, dann ist gegen B keine condictio gegeben, wobei es ganz gleichgültig ist, ob der Anspruch gegen A vielleicht nicht realisierbar ist.

(Josef Ziv. A. 118, 386; Pringsheim S. 116; Ebermayer Arzt u. Patient S. 179; Loewenwarter § 812; Planck § 812 Anm. 2c; Risch, Gruch. 64, 296; v. Tuhr DJZ 1914, 337; Ebbecke Recht 1912, 657; a. A. Wasser DJZ 1910, 407; Wittkowski JW 1902, 87 ff.; DJZ 1912, 231.)

Der Bereicherungsanspruch ist nur gegeben, wenn der Bereicherte „etwas erlangt" hat, d. h. reicher geworden ist. Dies liegt vor allem dann vor, wenn der Bereicherte die Pflicht hatte, die

Krankenbehandlung vornehmen zu lassen, wenn er also durch die Behandlung des Arztes von einer Verbindlichkeit befreit worden ist.
(Leonhard Bes. Sch. R. S. 461; Enneccerus § 441; Planck § 812, Anm. 1e.)

Es ist aber auch möglich, daß der Arzt einen Bereicherungsanspruch gegen den Kranken selbst geltend macht. Hier befreit er natürlich den Kranken nicht von einer Verbindlichkeit, denn es besteht für diesen keine Pflicht, sich behandeln zu lassen. Aber auch bei Nichtbestehen einer Pflicht ist klar, daß der Kranke durch die Behandlung etwas erlangt hat; er hat nämlich Aufwendungen, die er sonst gemacht hätte, erspart. Es ist aber immer erforderlich, daß das Vermögen des Bereicherten günstig beeinflußt worden ist.
(Oertmann Vorbem. 2c vor § 812; Leonhard Bes. Sch. R. S. 454.)

Deshalb ist auf den Fall, wo der Arzt einen Selbstmörder rettet, die condictio nicht anzuwenden. (Ebenso Trappenberg-Scheurel S. 56.)

Nur, wenn also das Vermögen bereichert worden ist, kann die Bereicherung im Gebrauch fremder Arbeitskraft bestehen.
(RG 97, 312; OLG 13, 388; 36, 58; Unger S. 241.)

Die Ansicht Leonhards (Bes.Sch.R. S. 454 ff), der scharf unterscheidet zwischen der Verschiebung durch eine Leistung und der Verschiebung auf andere Weise, ist hier nicht zu erörtern, da beim Arztfall immer eine Leistungsverschiebung vorliegt.

Dem Erfordernis, daß der Gegner „etwas erlangt" haben muß, ist also genügt.

§ 34 „Auf Kosten" des Arztes.

Die Bereicherung muß nun auf Kosten des Arztes erlangt sein. Es ist hier nicht nötig, daß der Arzt etwas aus seinem Vermögen gegeben hat, denn sonst würde schon aus diesem Grunde niemals ein Bereicherungsanspruch für die geleisteten Dienste möglich sein, weil, wie wir bereits früher sahen, die Arbeitskraft kein Vermögensbestandteil ist. Die Worte „auf dessen Kosten" bedeuten aber nicht dasselbe wie „aus dessen Vermögen". Denn die im ersten Entwurf gestandenen Worte „aus dessen Vermögen" wurden ausdrücklich als zu eng durch die Worte „auf dessen Kosten" ersetzt. Es ist nämlich schon dann etwas auf Kosten des Arztes erlangt, wenn ohne das betreffende Ereignis, ohne diese Behandlung, das Vermögen des Arztes sich vergrößert haben würde. Deshalb wird man annehmen müssen, daß analog § 252 diejenige Arbeitskraft zu ersetzen ist, die dem Entreicherten andernfalls Gewinn abgeworfen hätte.
(Leonhard Bes. Sch. R. S. 462; RGRKom. § 812 Anm. 1; Oertmann § 812 Anm. 2a und b; RG 97, 312; OLG 36, 58; Isay S. 145; a. A. Klamroth S. 48; OLG 13, 388; Joachim u. Korn S. 348 ff.; Siméon § 84 S. 540; Ebermayer Arzt und Patient S. 178; Soergel Anm. 3; Warneyer 812 Anm. II; Lotmar Bd. I S. 82; Nolte S. 47.)

Dem Arzt steht somit ein Anspruch zu wegen seines Vermögensaufwands (wie Medikamente, Verbände, Abnutzung von Geräten usw.) und wegen Betätigung seiner Arbeitskraft, wenn er sonst diese entgeltlich verwertet hätte.

(In allen Fällen nimmt Honoraranspruch an: Pies S. 43.)

§ 35 Unmittelbarkeit.

Ein weiteres Erfordernis, um dem Arzt einen Bereicherungsanspruch zu geben, ist, daß die Vermögensverschiebung unmittelbar gewesen ist. Das bedeutet nun nicht, daß diese unmittelbar zwischen den Parteien stattgefunden haben muß, sondern es bedeutet, daß die Bereicherung auf der einen und die Entreicherung auf der anderen Seite auf demselben Ereignis beruht haben muß. Es muß ein einheitlicher Vorgang vorliegen. (Leonhard Bes.Sch.R. S. 468 ff.) So ist es insbesondere, wenn der Arzt einen Unterhaltsberechtigten behandelt. Dann wird durch diesen Vorgang der Unterhaltspflichtige von seiner Verbindlichkeit befreit. Manche bezeichnen dieses Erfordernis auch als unmittelbaren ursächlichen Zusammenhang.

Es muß also gerade infolge der ärztlichen Behandlung der andere bereichert sein. Dies Erfordernis wird bei Bereicherungsansprüchen des Arztes meist gegeben sein.

Hier ist noch zu bemerken, daß der Arzt seinen Anspruch nicht lediglich darauf stützen kann, der andere habe sich zu seinem Schaden bereichert, denn die actio de in rem verso des gemeinen Rechts gibt es nicht mehr.

(a. A. Dernburg, v. Tuhr, Crome, Ewald Gruch. 65, 150 ff.)

Da beim Arzt das Erfordernis der Unmittelbarkeit, d. h. des einheitlichen Vorganges zwischen Bereicherung und Entreicherung meist gegeben sein wird, würde ein Eingehen darauf, ob man das Erfordernis des einheitlichen Vorgangs ablehnen und die Grundsätze der Versionsklage annehmen soll, zu weit führen. Es sei hier ausdrücklich auf die interessanten Ausführungen von Ewald (Gruch. 65, 150 ff) verwiesen.

Dem letzten Erfordernis, daß die Bereicherung auf einer Leistung des Arztes beruhen muß, ist selbstverständlich genügt.

§ 36 Herausgabe des Erlangten.

Wenn der Arzt somit einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hat, dann ist ihm der Bereicherte zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Wegen der Beschaffenheit des Erlangten ist die Herausgabe aber nicht möglich, denn der Bereicherte kann die Dienste nicht zurückgeben. Deshalb ist er verpflichtet, den Wert des Erlangten zu ersetzen, d. h. den Wert der Medikamente, Ver-

bandsstoffe und den Wert der geleisteten Dienste. (§ 818, 2.) Zu ersetzen ist hier der objektive Wert der Dienste.

(Leonhard Bes. Sch. R. S. 531; Achilles-Greiff § 818, Anm. 3.)

Dieser Wert richtet sich, da ja keine Vereinbarung getroffen ist, grundsätzlich nach der Ärztetaxe. (Israel S. 29.) Nur wenn der Wert ein größerer ist, wie bei Dienstleistungen von Autoritäten, ist ein die Ärztetaxe überschreitendes Honorar auch bei der ungerechtfertigten Bereicherung zu erstatten. Hier ist aber noch zu bemerken, daß der Arzt die Höhe des Werts seiner Leistungen beweisen muß. (Zu allem auch Unger S. 240 ff.)

IV. Hauptteil: Ansprüche des Arztes aus unerlaubter Handlung.

§ 37 Sittenwidrige Vermögensbeschädigung.

Wir hatten bisher gesehen, wie Ansprüche des Arztes aus Vertrag, aus Geschäftsführung ohne Auftrag und aus ungerechtfertigter Bereicherung bestehen können. Zum Schluß sei der Vollständigkeit halber auf den immerhin seltenen Fall verwiesen, wo dem Arzt ein Anspruch aus § 826 zusteht. Hier muß aber die Gegenseite ihn in sittenwidriger Weise vorsätzlich geschädigt haben. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die vermögende Ehefrau an sich im Rahmen der Schlüsselgewalt handelte und somit lediglich den unvermögenden Ehemann verpflichtet hat.

(Ullmann JW 1905, 520 ff.) Josef Seuff. Bl. 1911, 19; Wasser DJZ 1910, 407; Asch DJZ 1910, 759; Josef KGBl. 1911, 68; Kahn JW 1911, 485.)

Es ist aber neben der Kenntnis, daß lediglich der Ehemann verpflichtet wird, erforderlich, daß die Ehefrau den Willen hat, den Arzt um sein Honorar zu bringen. (Hierzu Israel S. 48.)

§ 38 Umfang der Ansprüche.

Wenn § 826 vorliegt, kann der Arzt Ansprüche aus §§ 249 ff stellen. Der dem Arzt entstandene, also geltend zu machende Schaden, bedeutet den Nachteil, den er durch die sittenwidrige Vermögensbeschädigung erlitten hat. „Er ist der Unterschied zwischen dem jetzigen Zustand und dem, wie er ohne das schädigende Ereignis gewesen wäre" (Leonhard Allg. Sch.R. S. 136). Der dem Arzt entstandene Schaden ist das damnum emergens, die von ihm aufgeopferten Vermögenswerte, wie Medikamente, Verbände usw.; er ist aber auch das lucrum cessans, d. h. der dem Arzt entgangene Gewinn. (§ 252.)

Lebenslauf

Am 20. August 1908 wurde ich als Sohn des im Jahre 1922 verstorbenen Landgerichtsrats Dr. Heinrich Hagemeyer zu Wuppertal-Elberfeld geboren. Ich bin katholischen Bekenntnisses und preußischer Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1914 bis Ostern 1918 besuchte ich die kath. Volksschule am Grifflenberg in W.-Elberfeld und von da ab das mit einem realgymnasialen Teil verbundene städtische Gymnasium und später das städt. Realgymnasium in Wuppertal-Elberfeld. Auf letzterer Anstalt legte ich Ostern 1928 die Reifeprüfung ab. Von Ostern 1928 ab studierte ich die Rechtswissenschaften und zwar von Ostern 1928 bis Herbst 1929 an der Philipps-Universität in Marburg, dann zunächst in Köln, zwischendurch in Bonn und zuletzt wieder in Köln. Ende September 1931 meldete ich mich zur Ablegung des ersten Staatsexamens am Oberlandesgericht Düsseldorf und bestand dort am 15. März 1932 diese Prüfung. Seit dem 6. April 1932 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst tätig und zwar zunächst am Amtsgericht Mettmann, dann am Landgericht Wuppertal; jetzt bei der Staatsanwaltschaft Wuppertal. Nach Einreichung meiner mit dem Prädikat „Voll befriedigend" zensierten Dissertation über: „Die Ansprüche des Arztes", bestand ich am 28. Juli 1932 die mündliche Doktorprüfung „rite". Die Prüfungskommission bestand aus den Herren Professoren Dres Fr. Leonhard, Genzmer und Schulz-Schaeffer.